Deutsches Recht: 3. u. 10. Juni 1933. Heft 22/23
[62. Jahrgang.] 1289

Juristische Wochenschrift

Zeitschrift des Deutschen Anwaltvereins
im Bunde Nationalsozialistischer Deutscher Juristen
Herausgeber: Reichsjustizkommissar Staatsminister **Dr. Hans Frank**,
Führer des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen
Schriftleiter: Rechtsanwälte **Dr. Heinrich Dittenberger** und **Dr. Hermann Voß**, Berlin;
Regierungsrat im Reichsjustizministerium **Rudolf Schraut**, Berlin

Verlag: **W. Moeser Buchhandlung**, Inh.: Oscar Brandstetter, **Leipzig C 1**, Dresdner Straße 11/13.
Fernsprecher Sammel-Nr. 72566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postscheckkonto Leipzig Nr. 63673.
Geschäftsstelle in Berlin SW 48 Hedemannstr. 14. Fernsprecher Bergmann 217.

Das Erbhofrecht.

Von Rechtsanwalt Dr. von Zwehl, Berlin.

Die durch Blut und Boden bestimmte Art des Volkes wirkt sich in Herkommen oder Sitte bewußt oder unbewußt aus. Eine solche lebendige Sitte zur staatlich geschützten Norm zu erheben, ist Aufgabe des Gesetzes.
(Ministerpräsident Göring im Preuß. Landtag am 18. Mai 1933.)

Unter dem — für die deutsche Rechtssprache neuen — Namen „Bäuerliches Erbhofrecht" erscheint in der PrGS. v. 17. Mai 1933 ein am 15. Mai 1933 erlassenes Gesetz. Es knüpft an Bestehendes an und legt halbverschüttetes deutsches Rechtsgut wieder frei, ist aber trotzdem oder gerade deshalb charakteristisch für Geist und Form der Gesetzgebung im neuen Deutschland. Noch vor vier Monaten wäre es in dieser Gestalt undenkbar gewesen.

A. Die Form des Erlasses.

Das Gesetz ist vom preußischen Staatsministerium beschlossen, und zwar auf Grund des „vorläufigen Gesetzes zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich" v. 31. März 1933 (§ 1), wonach den Landesregierungen neben den sonst vorgesehenen verfassungsmäßigen Organen das Recht der Gesetzgebung verliehen wurde. Das Gleichschaltungsgesetz wiederum war möglich auf Grund des „Gesetzes zur Behebung der Not von Volk und Reich" v. 24. März 1933, des sog. Ermächtigungsgesetzes, wodurch der Reichsregierung die Gesetzgebungsbefugnis selbst in Abweichung von den Vorschriften der Reichsverfassung verliehen wurde.

„Verkündet" ist das Erbhofrecht jedoch von dem preußischen Ministerpräsidenten „für den Reichskanzler", und zwar beruht dies auf dem zweiten Gesetz zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich v. 7. April 1933, das in § 1 die Ernennung der Reichsstatthalter vorsieht, während in § 5 die Ausübung der Rechte des Reichsstatthalters in Preußen dem Reichskanzler übertragen wird. Im Gesetz v. 25. April 1933 ist dann der Reichskanzler ermächtigt, seine Rechte gemäß dieser Bestimmung auf den Ministerpräsidenten weiter zu übertragen, wovon er bekanntlich Gebrauch gemacht hat. So wird in der äußeren Form des Gesetzes der Grundsatz der neuen Reichsregierung erkennbar, bestehende Gesetze niemals zu verletzen, sondern deren Änderung auf gesetzlichem Wege allein durch die Kraft des politischen Willens, durchzusetzen, soweit sie schädlich oder unzeitgemäß erscheinen. Genau den gleichen Weg ist übrigens Mussolini gegangen[1]).

[1]) Siehe meinen Aufsatz in JW. 1932, 2765.

B. Die materielle Gültigkeit und die Vorläufer des Gesetzes.

Nach Art. 64 EGBGB. bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über das Anerbenrecht in Ansehung landwirtschaftlicher und forstwirtschaftlicher Grundstücke nebst deren Zubehör unberührt, jedoch können die Landesgesetze das Recht des Erblassers, über das dem Anerbenrecht unterliegende Grundstück von Todes wegen zu verfügen, nicht beschränken. Auf Grund dieses Vorbehalts ist in einer Reihe von deutschen Ländern das sog. Anerbenrecht in Kraft geblieben oder noch erweitert worden. In Preußen bestanden Anerbengesetze u. a. in den Provinzen Hannover, Brandenburg, Schlesien, Schleswig-Holstein, Westfalen, im Regierungsbezirk Kassel sowie allgemein für Renten- und Ansiedlungsgüter. Am besten durchgebildet war das hannoversche Anerbenrecht (HöfeG. v. 9. Aug. 1909), das dann auch in die Fideikommiß-Auflösungsgesetzgebung zur Regelung der Erbfolge bei Waldgütern inhaltlich zum großen Teil übergegangen ist, zunächst in die ZwAuflVO., die ausdrücklich darauf Bezug nimmt, später mit gewissen Änderungen, die sich als notwendig herausgestellt hatten, auch in das ZwAuflG. v. 22. April 1930 (§ 165).

Der Bearbeiter des Erbhofrechts im PrJustMin., MinR. Wagemann, war auch an der Bearbeitung der preußischen Fideikommißgesetzgebung maßgebend beteiligt und brachte von dieser früheren Arbeit her einen reichen Schatz von Erfahrungen mit.

C. Zweck und Geist des Gesetzes.

Die oben genannten Anerbengesetze gehen zum Teil auf alte deutsche Rechtsgedanken zurück, deren Darlegung im einzelnen wohl eine umfangreiche rechtsgeschichtliche Arbeit erfordern würde. Sie sind trotzdem, soviel mir bekannt, von keiner sehr großen praktischen Bedeutung gewesen, und zwar vermutlich aus zwei Gründen:

Einmal überließen es diese Gesetze im allgemeinen dem freien Belieben des Eigentümers, ob er seinen Hof in die Anerbenrolle eintragen lassen wollte oder nicht, so daß der Bauer in den meisten Fällen, schon um Zwist unter seinen Kindern und den Anschein einer Bevorzugung des einen

Kindes vor dem anderen zu vermeiden, alles beim alten ließ. Außerdem aber bedeuteten die an die Miterben zu zahlenden Abfindungen trotz der in den Gesetzen gewollten Bevorzugung des Anerben noch immer eine so unerträgliche Last, daß eine Erhaltung des Hofes, die doch gerade durch die Anerbengesetzgebung beabsichtigt wurde, stark gefährdet war. Vor allem war es unter den heutigen Wirtschaftsverhältnissen eine Unmöglichkeit, daß die Abfindung in bar erfolgen mußte, denn bares Geld ist eben auf dem Lande nicht mehr zu finden, beim Bauern ebensowenig wie beim größeren Besitzer. Es bestand daher trotz der Anerbengesetzgebung die dringende Gefahr, daß der ohnehin mit schwerster wirtschaftlicher Not kämpfende Bauernstand durch eine den Verhältnissen nicht angepaßte Gesetzgebung auf dem Gebiete des Erbrechts vollends zugrunde gerichtet wurde.

Der Bauer, der nicht imstande war, die Geschwister abzufinden, verkaufte schließlich den Hof an einen nicht bodenständigen Nachfolger und zog in die Stadt. Durch eine wirtschafts- und volksfremde Gesetzgebung wurde jene „unlösbare Verbundenheit von Blut und Boden" zerrissen, die die „unerläßliche Voraussetzung für das gesunde Leben eines Volkes" ist. Diese Verbundenheit wieder herzustellen, und zwar in Anknüpfung an die bäuerliche Bodenverfassung früherer Jahrhunderte in Deutschland, ist die Absicht des Gesetzes, die in den Eingangsworten ausdrücklich festgestellt wird. So wendet sich hier der Gesetzgeber wohl zum erstenmal in Deutschland in seinen Eingangsworten unmittelbar an das Volk, nicht nur an Rechtsgelehrte und unmittelbar Beteiligte, mit der Verkündung der Ziele, die durch das Gesetz erreicht werden sollen. Aber auch für den Richter, der das Gesetz auszulegen hat, ist diese Einleitung von Bedeutung. Die Schlußbestimmung (§ 63) gibt nämlich dem Richter auf, in Zweifelsfällen so zu entscheiden, „wie es dem Grundgedanken und dem Zwecke des Gesetzes entspricht". Als Zweck wird in § 63 Abs. 2 dann nochmals hervorgehoben, daß Bauernhöfe durch das Gesetz vor Überschuldung und schädlicher Zersplitterung im Erbgang geschützt werden sollen, um sie dauernd als Erbe der Familie in der Hand freier Bauern zu erhalten, und gleichzeitig eine große Anzahl lebensfähiger kleiner und mittlerer Bauernhöfe möglichst gleichmäßig über das ganze Land zu verteilen.

Im Dienste dieses wirtschaftlichen, völkischen und sittlichen Zieles soll der Richter nach § 63 Abs. 3 sogar die in dem Gesetze nicht besonders geregelten Fragen so entscheiden, „wie wenn er im Rahmen zwingenden Reichsrechts als ordentlicher und gewissenhafter Gesetzgeber den Fall selbst zu regeln hätte".

Der deutschen Aufgabe, die sich der Gesetzgeber gestellt hat, entspricht auch das Deutsch des Gesetzes, das Fremdworte und schwerfällige Juristensprache vermeidet, dagegen auf die im alten deutschen Recht verwendeten sinnfälligen Bezeichnungen zurückgreift.

D. Der Inhalt des Gesetzes im einzelnen.

I. Gegenstand des Rechts (Der Hof).

a) Materielle Voraussetzungen.

Gegenstand des bäuerlichen Erbhofrechts ist die bäuerliche Wirtschaft, der Hof. Er muß mindestens zur Ernährung und Erhaltung einer bäuerlichen Familie ausreichen, die sog. Ackernahrung gewähren, andererseits aber nicht so groß sein, daß seine Bewirtschaftung nicht mehr von einer Hofstelle aus ohne Vorwerke erfolgen kann (§ 3). Nähere Bestimmungen über die Höchstgröße sind auf Grund der dem Justiz- und Landwirtschaftsminister erteilten Ermächtigung wahrscheinlich zu erwarten.

b) Formelle Voraussetzungen.

Ein Hof, der obigen Voraussetzungen entspricht, wird zum Erbhof i. S. des Gesetzes durch Eintragung in die Erbhöferolle. Diese Eintragung erfolgt — und dies ist auch in den Landesteilen, in denen Anerbengesetzgebung bereits bestand, die entscheidende Neuerung — in allen Landschaften mit Anerbensitte, dem sog. Bauerngebiet, von Amts wegen. Bauerngebiet ist nach Anlage I und II des Gesetzes ganz Preußen, abgesehen von den Regierungsbezirken Aachen, Koblenz, Köln (jedoch ohne den Kreis Wipperfürth), Trier, Wiesbaden (ohne den Kreis Biedenkopf) und vom Regierungsbezirk Kassel die Kreise Gellenhausen und Hanau. Nur die hiernach ausgenommenen Teile der Provinzen Rheinland und Hessen-Nassau gelten als sog. Zersplitterungsgebiet. Im Zersplitterungsgebiet erfolgt die Eintragung in die Erbhöferolle nur, wenn der Eigentümer sie schriftlich oder beim Anerbengericht mündlich beantragt (§ 39 des Ges.).

Mit Zustimmung der landwirtschaftlichen Berufsvertretung kann auf Antrag des Eigentümers auch landwirtschaftlicher Besitz, der nicht die Größe einer Ackernahrung hat, in die Erbhöferolle eingetragen werden. Die Eintragung hat zur Wirkung, daß der Besitz sich nach Anerbenrecht vererbt, jedoch gilt für die sog. weichenden Erben in diesem Falle nur ein beschränktes Versorgungsrecht (§ 22 des Ges.).

Hervorzuheben ist jedoch schon hier, daß ein eintragungsfähiger Hof, der mangels dieser Eintragung die Eigenschaft eines Erbhofes nicht erlangt hat, beim Erbgang in gewisser Beziehung ebenfalls unter das Gesetz fällt.

II. Der Träger des Rechts (Bauer).

Der Eigentümer des Erbhofes (in § 1 Abs. 2 des Ges. „Bauer" genannt) muß nach § 2 des Ges. deutscher Staatsbürger und deutschen oder stammesgleichen Blutes sein. Wer diese Bedingung erfüllt, ergibt sich aus dem in § 2 Abs. 2 bestimmten Kreis derjenigen Personen, die diese Bedingungen nicht erfüllen. Es ist dies nur, wer unter seinen Vorfahren im Mannesstamme oder unter seinen übrigen Vorfahren bis ins zweite Glied, also bis einschließlich zu den Großeltern, eine Person jüdischer oder farbiger Herkunft hat. Unschädlich ist hiernach also selbstverständlich z. B. eine Beimischung slawischen oder romanischen Blutes, um nur diese unsere Nachbarstämme zu erwähnen.

Erfüllt der Eigentümer eines sonst zur Eintragung geeigneten Hofes diese Eigenschaften nicht, so ist die Eintragung des Hofes in die Erbhöferolle abzulehnen, jedoch kann das Erfordernis des Erwerbes der deutschen Staatsangehörigkeit binnen einer vom Gericht zu setzenden Frist nachgeholt werden (§ 40 des Ges.).

Es ergibt sich jedoch aus § 40 Abs. 4 des Ges., daß erster Eigentümer eines Erbhofes — ohne das Recht, sich Bauer zu nennen — auch jemand sein kann, dessen Vorfahren im Mannesstamm zwar rein arisch sind, der jedoch unter seinen übrigen Vorfahren, bis hinauf zum zweiten Gliede, eine Person nicht deutscher oder stammesgleicher Herkunft hat.

III. Die Wirkung des Erbhofrechts.

a) Unter Lebenden.

Nach § 5 des Ges. ist zur rechtsgeschäftlichen Veräußerung eines Erbhofes oder Grundstückes, das zu einem Erbhof gehört, die Genehmigung des Anerbengerichts erforderlich, soweit nicht die Veräußerung zu Siedlungszwecken vom Reich oder Staat erfolgt. Über die Genehmigung ist entsprechend dem Zwecke des Gesetzes zu entscheiden. Bestimmte Fälle, in denen die Veräußerung dem Zwecke des Gesetzes nicht widerspricht, und daher die Genehmigung erteilt werden muß, insbesondere, wenn der Bauer den Hof einem Anerbenberechtigten übergeben will und der Übergabevertrag den Erbhof nicht über seine Kräfte hinaus belastet, sind besonders aufgeführt.

b) Wirkung beim Erbfall.

1. Der Anerbe kraft Gesetzes.

Die wesentliche Wirkung des Erbhofrechts ist die, daß der Bauer, wie es in § 1 Abs. 3 des Ges. heißt, nur ein Kind hat, welches den Erbhof übernehmen kann, und zwar den Anerben. Der Anerbe muß den oben unter II erwähnten Erfordernissen hinsichtlich der Abstammung und der Staatsangehörigkeit genügen. Nicht anerbenberechtigt sind außerdem Erbunwürdige und rechtskräftig zu Zuchthaus Verurteilte. Personen, die zur Zeit des Erbfalles entmündigt sind, treten hinter die Anerbenberechtigten der nächsten Ordnung zurück, sofern die Anfechtungsklage rechtskräftig abgewiesen oder nicht innerhalb der gesetzlichen Frist erhoben ist.

Als Anerbe berufen ist gemäß § 12 Abs. 1 des Ges. zunächst die männliche Nachkommenschaft des Bauern (d. h. die durch Männer von dem Erblasser abstammenden Männer) unter Bevorzugung der Erstgeburt, an zweiter Stelle sein Vater. An dritter Stelle stehen an sich die weiblichen Abkömmlinge des Erblassers sowie die Nachkommen von solchen. Es kann jedoch auf Antrag des Bauern in die Erbhöferolle eingetragen werden, daß nach den männlichen Abkommen des Erblassers zunächst dessen Bruder und Brudersöhne nach dem Rechte der Erstgeburt als Anerben berufen sein sollen (Bruderrecht). In gleicher Weise kann eingetragen werden, daß nicht der ältere, sondern der jüngere vorgeht. Die Löschung der Eintragung kann jederzeit beantragt werden.

2. Der Anerbe kraft Verfügung des Erblassers.

Der Bauer kann in der Form eines Testaments oder einer vom Richter, Notar oder Gemeindevorsteher beglaubigten Erklärung den Anerben unter den vom Gesetz zu Anerben Berufenen auswählen (§ 6 Abs. 1 des Ges.). Er kann ferner, für den Fall, daß bei seinem Tode der Anerbe noch nicht 25 Jahre alt ist, in gleicher Weise bestimmen, daß sein Vater oder der überlebende Ehegatte befugt sein soll, mit Genehmigung des Anerbengerichts unter den Abkömmlingen den Anerben auszuwählen, was durch Erklärung gegenüber dem Anerbengericht erfolgt. Vorgesehen ist auch, offenbar im Hinblick auf Art. 64 Abs. 2 EGBGB., wonach die Landesgesetze das Recht des Erblassers über das dem Anerbenrecht unterliegende Grundstück von Todes wegen zu verfügen nicht beschränken können, die Möglichkeit einer Verfügung von Todes wegen, durch die das Erbhofrecht ausgeschlossen oder beschränkt wird. Derartige Anordnungen können jedoch nur in Form des öffentlichen Testaments oder des Erbvertrages erfolgen. Eigenhändige Testamente, die derartige Anordnungen enthalten, werden mit Inkrafttreten des Gesetzes unwirksam. Ob diese Vorschriften, deren Zweckmäßigkeit außer Frage steht, allerdings mit Art. 64 Abs. 2 EGBGB. verträglich sind, erscheint einigermaßen zweifelhaft. Eine Beschränkung der Testierfreiheit ist auch dann gegeben, wenn dem Erblasser für eine letztwillige Verfügung gewisser Art der Weg des eigenhändigen Testaments versperrt wird. Zur Beseitigung dieses kleinen Schönheitsfehlers im Gesetz wird unter Umständen eine Ergänzung durch Reichsgesetz erforderlich sein.

c) Die Auseinandersetzung mit den Miterben.

Dem Begriff des Anerben steht der Begriff der „weichenden Erben", seiner Miterben, gegenüber. In Abweichung der vom BGB. bei Vermächtnissen gewählten Regelung bedarf der Anerbe einer Auflassung des Erbhofes durch seine Miterben nicht, sondern erwirbt gemäß § 15 Abs. 1 das Eigentum an dem Hof nebst Zubehör mit dem Erwerbe der Erbschaft. Er kann auf das Erbrecht verzichten, ohne im übrigen die Erbschaft auszuschlagen. Die Verzichtserklärung ist ebenso geregelt wie der Erbverzicht nach BGB. Erfolgt der Verzicht, so fällt der Hof an den nächsten als Anerben Berufenen. Dem Erbschein des BGB. entspricht das vom Vorsitzenden des Anerbengerichts dem Anerben zu erteilende Hoffolgezeugnis (§ 16).

Für die Erhaltung des Erbhofes außerordentlich wichtig ist die Bestimmung in § 8, daß die Nachlaßverbindlichkeiten einschließlich der auf dem Hofe ruhenden Hypotheken, Grund- und Rentenschulden, wenn auch ohne die auf dem Hofe ruhenden sonstigen Lasten, wie Altenteile, Nießbrauch usw. aus dem Vermögen zu berichtigen sind, das außer dem Hof nebst Zubehör vorhanden ist, und nur, insoweit dies Vermögen nicht ausreicht, vom Anerben den Miterben gegenüber zu tragen sind.

An dem nach Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten verbleibenden Überschuß ist der Anerbe zunächst nicht beteiligt. Dieser Überschuß ist auf die außer ihm noch vorhandenen Miterben nach den Vorschriften des allgemeinen Rechts zu verteilen. Der Anerbe kann eine Beteiligung nur verlangen, insoweit der hiernach auf ihn entfallende Anteil größer ist als der lastenfreie Ertragswert (§§ 20, 49 Abs. 2 BGB.) des Erbhofes (§ 9 des Ges.).

d) Die Rechte der weichenden Erben.

1. Unterhalt.

§ 17 Abs. 1 Satz 1 gibt den weichenden Erben bis zu ihrer Volljährigkeit einen Anspruch auf angemessene Unterhaltung und Erziehung auf dem Hofe gegen angemessene Arbeitshilfe.

2. Berufsausbildung.

Darüber hinaus können die weichenden Erben, jedoch nur, insoweit sie Abkömmlinge des Erblassers sind und die Mittel des Hofes hierzu ausreichen, auch Ausbildung für einen dem Stande des Hofes entsprechenden Beruf und Ausstattung bei ihrer Verselbständigung verlangen.

3. Heimatzuflucht.

Ein völlig neuer Begriff ist die sogenannte „Heimatzuflucht" (§ 17 Abs. 2). Es können nämlich alle weichenden Erben, nicht nur Abkömmlinge, auch in späteren Jahren noch gegen Leistung angemessener Arbeitshilfe auf dem Hofe Zuflucht suchen, wenn sie unverschuldet in Not geraten.

4. Altenteil des Ehegatten.

Der überlebende Ehegatte des Erblassers kann gegen Verzicht auf alle ihm gegen den Nachlaß zustehenden Ansprüche lebenslänglich den in solchen Verhältnissen üblichen Unterhalt auf dem Hofe verlangen, soweit er sich nicht aus eigenem Vermögen unterhalten kann, jedoch nur bis zur Wiederverheiratung.

5. Rechte bei Verkauf des Hofes.

Die §§ 20 und 21 treffen dafür Sorge, daß der durch das Gesetz begünstigte Anerbe nicht seine Vorzugsstellung mißbraucht, um den von ihm zum Nachteil seiner Miterben übernommenen Hof an Außenstehende zu veräußern. Zunächst steht den Anerben in diesem Falle in der Reihenfolge ihrer Berufung zum Anerben ein gesetzliches Vorkaufsrecht zu; außerdem können die gewichenen Erben bei Veräußerung des Erbhofes durch den Bauern verlangen, von ihm so gestellt zu werden, wie sie gestanden hätten, wenn beim Erbfall bereits eine Teilung des gesamten Nachlasses nach den Vorschriften des BGB. stattgefunden hätte.

IV. Der nicht eingetragene Hof.

Für Bauernhöfe, die zur Eintragung in die Erbhöferolle geeignet, aber nicht eingetragen sind, gelten die Sondervorschriften der §§ 26 bis 28. Es kann nämlich jeder Miterbe bei der Erbteilung hier verlangen, daß ihm der Hof ungeteilt nach den Regeln des Anerbenrechts zugewiesen wird. Im Streitfalle hat das Anerbengericht den Hof in erster Linie demjenigen zuzuweisen, der die Gewähr bietet, daß er den Hof ordnungsmäßig bewirtschaften und ungeteilt erhalten wird. Nur wenn mehrere Geeignete vorhanden sind, entscheidet die Reihenfolge des § 12. Das Recht der Auswahl des Anerben, das bei eingetragenen Erbhöfen dem Erblasser zusteht, ist hier also dem Anerbengericht überwiesen. Maßgebend ist für den Gesetzgeber wohl der Gedanke gewesen, daß im Regelfalle der Bauer am besten wird beurteilen können, wer für die Bewirtschaftung des Hofes der Geeignetste ist und von diesem Wahlrecht auch Gebrauch machen wird, wenn der Hof als Erbhof eingetragen ist. Droht aber mangels einer solchen Eintragung die Zersplitterung eines Besitzes, der an sich ausreichende Ackernahrung bietet, so kann das Gericht diese Zersplitterung verhindern, wenn im Kreise der Anerben, sei es auch nur bei einem einzigen, der Wille vorhanden ist, den Besitz zu erhalten.

V. Das Verfahren.

Abweichend von der in den Fideikommiß-Auflösungsgesetzen getroffenen Regelung entscheiden nach den Bestimmungen des Erbhofrechts die dort vorgesehenen Sondergerichte nicht allgemein über alle Streitfragen aus dem Gebiete des Erbhofrechts, sondern nur über die Angelegenheiten, die ihnen durch das Gesetz überwiesen sind. Dies sind insbesondere Streitigkeiten über die Versorgung der weichenden Erben und über die Zuweisung des nicht eingetragenen Hofes an einen

Miterben, der den Hof als Anerbe übernehmen will. Zur Entscheidung sind berufen:

a) der Vorsitzende des Anerbengerichts,
b) das Anerbengericht (bestehend aus dem Vorsitzenden und zwei Laienbeisitzern),
c) das Erbhofgericht (bestehend aus drei Richtern und zwei Laienbeisitzern).

Die Anerbengerichte werden bei den Amtsgerichten gebildet, das Erbhofgericht beim OLG. Celle, die Laienbeisitzer müssen Bauern sein.

Einzelheiten des Verfahrens sollen durch VO. des Just.-Min. in Anlehnung an die Grundsätze des Verfahrens in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit geregelt werden.

Bei Versorgungsstreitigkeiten entscheidet zunächst der Vorsitzende des Anerbengerichts allein. Gegen seine Entscheidung ist binnen einer Woche seit Zustellung der Einspruch an das Anerbengericht zulässig, dessen Entscheidung endgültig ist.

Dem richterlichen Ermessen ist ein weiter Spielraum gelassen, um die Möglichkeit zu haben, die Entscheidung des einzelnen Falles den besonderen Verhältnissen anzupassen; so hat z. B. das Anerbengericht die Befugnis, das Versorgungsrecht aufzuheben oder einzuschränken, wenn der Versorgungsberechtigte anderweit gesichert ist, oder wenn dem Verpflichteten die Leistung nicht mehr zugemutet werden kann, insbesondere, wenn sie die Kräfte des Hofes übersteigt.

Im Zuweisungsverfahren entscheidet in erster Instanz das Anerbengericht. Dagegen ist sofortige Beschwerde beim Erbhofgericht zulässig. Das Gesetz eröffnet ferner dem Vorsitzenden des Anerbengerichts die eigenartige Möglichkeit, den Beschluß des Gerichts, dem er selbst vorsitzt, innerhalb der Beschwerdefrist anzufechten. Er soll dies tun, wenn der Beschluß dem Zweck des Gesetzes oder dessen Grundgedanken nicht gerecht wird (§ 27 Abs. 3). Sofortige Beschwerde an das Erbhofgericht ist auch gegeben gegen die Ablehnung der Eintragung des Hofes in die Erbhöferolle wegen Fehlens der persönlichen Voraussetzungen des Eigentümers (§ 40).

Es ist zu hoffen, daß das Gesetz in der Hand sachkundiger und weitblickender Berufs- und Laienrichter dazu beiträgt, den Bauernstand lebensfähig zu erhalten.

Zwangsweise Herabsetzung von Forderungen im Entschuldungsverfahren außerhalb des Sicherungsverfahrens.

Von Gerichtsassessor Dr. Hans-Georg Rahn, Hilfsarbeiter beim Reichskommissar für die Osthilfe.

In JW. 1933, 1052 vertritt Rechtsanwalt Galewski die Ansicht, daß die in § 18 SicherungsVO. v. 17. Nov. 1931 (RGBl. I, 675) vorgesehenen Zwangseingriffe in Forderungen nur dann zulässig sind, wenn der zu entschuldende Betrieb sich im Sicherungsverfahren befindet. Er stellt sich damit in Gegensatz zu der vom Reichskommissar für die Osthilfe und den Kommissaren für die Osthilfe (Landstellen) bei der Durchführung der einzelnen Entschuldungsverfahren ständig vertretenen und vom Schrifttum gebilligten Ansicht (vgl. Dörge-Hennig, Osthilfe-SicherungsVO., 2. Aufl., S. 190; Heinrich-Otto, Die gesamte Osthilfegesetzgebung, S. 22 ff.; Weihrauch-Rozycki, Agrarnotrecht, 2. Aufl., S. 45, 46; Schwaniger: JW. 1932, 2374). Galewski begründet seine Meinung mit der Stellung des § 18 SicherungsVO. innerhalb des Gesetzes und aus dem Zwecke des OsthilfeG. vom 31. März 1931 (RGBl. I, 117). Daß seine Beweisführung in beiderlei Hinsicht fehlgeht, hat inzwischen Schwaniger: JW. 1933, 1239 dargelegt. Zur Ergänzung seiner Ausführungen, die bereits die wesentlichsten Gesichtspunkte zur Widerlegung der Auffassung Galewskis enthalten, mögen die nachfolgenden Zeilen dienen, die vor Erscheinen der Entgegnung Schwanigers niedergeschrieben waren.

Der klar ersichtliche Aufbau der SicherungsVO. ist folgender:

§§ 1—16 behandeln das Sicherungsverfahren, § 17 stellt die Verbindung zwischen Sicherungs- und Entschuldungsverfahren her, §§ 18—21 enthalten Vorschriften über das Entschuldungsverfahren, §§ 22 ff. bestimmen schließlich die Folgen der Durchführung oder Ablehnung einer Entschuldung für das Sicherungsverfahren und geben einige allgemeine sowie abschließende Vorschriften.

Wenn Galewski davon ausgeht, daß § 17 SicherungsVO. das Sicherungsverfahren und das Entschuldungsverfahren in einen notwendigen, unlösbaren Zusammenhang bringe, so ist nicht klar, was damit zur Widerlegung der von ihm bekämpften Auffassung über die Möglichkeit von Zwangseingriffen in Entschuldungsverfahren, die von keinem Sicherungsverfahren begleitet sind, erreicht ist. Nach § 17 SicherungsVO. hat, soweit ein Entschuldungsantrag noch nicht gestellt ist, nach Eröffnung des Sicherungsverfahrens der Betriebsinhaber oder die Sicherungsstelle von Amts wegen die Einleitung des Entschuldungsverfahrens nach Maßgabe des OsthilfeG. zu beantragen. Daraus geht eindeutig hervor, daß die SicherungsVO. zwischen dem eigentlichen Entschuldungsverfahren und dem Sicherungsverfahren klar unterscheidet (vgl. auch § 24 DurchfVO. zur SicherungsVO. vom 5. Dez. 1931 [RGBl. I, 691]). Das Sicherungsverfahren ist demnach nicht etwa ein Entschuldungsverfahren besonderer Art mit weitergehender Entschuldungswirkung als das Entschuldungsverfahren nach dem OsthilfeG., sondern lediglich ein Verfahren, das die allgemein geltenden Vollstreckungsvorschriften durchbricht und damit dem Betriebsinhaber zum Zwecke der Durchführung der Entschuldung einen besonderen Vollstreckungsschutz gewährt, der wegen seiner Auswirkung auf die Gläubigerrechte eine besondere staatliche Aufsicht über den Betriebsinhaber und Vorschriften über die Fortführung des Betriebes erforderlich machte. Nachdem so in § 17 zwischen dem Sicherungsverfahren und dem Entschuldungsverfahren nach Maßgabe des OsthilfeG. unterschieden ist, beginnt § 18 mit dem Satze: „Der im Laufe des Entschuldungsverfahrens aufgestellte Entschuldungsplan bedarf zu seiner Wirksamkeit der Bestätigung durch die Landstelle." Diese Vorschrift bezieht sich demnach in eindeutiger Weise auf das in § 17 erwähnte Entschuldungsverfahren und regelt dann im weiteren die Voraussetzungen, unter denen Zwangseingriffe in die Gläubigerrechte vorgenommen werden dürfen. Hinsichtlich der materiellen Durchführung der Entschuldung gilt daher für die Sicherungsbetriebe ebenso wie für die Entschuldungsbetriebe ohne Sicherungsschutz ein und dasselbe Entschuldungsverfahren, das für beide Betriebsgruppen durch § 18 SicherungsVO. gegenüber der bisherigen materiellen Regelung des OsthilfeG. eine erweiterte Eingriffsmöglichkeit in die Gläubigerrechte bringt. Das Entschuldungsverfahren ist in §§ 25—31 DurchfVO. zur SicherungsVO. v. 5. Dez. 1931 (RGBl. I, 691) und in den Richtlinien v. 15. März 1932 (RGBl. I, 143) unter Berücksichtigung des § 18 neu geregelt. Wenn im Rahmen des § 18 SicherungsVO. bestimmt ist, daß Gläubiger, die infolge der Eröffnung des Sicherungsverfahrens ein Pfandrecht verloren haben, vornehmlich zu berücksichtigen sind, so bedeutet das lediglich, daß man besondere durch den Vollstreckungsschutz für die Gläubiger eingetretene Nachteile materiellrechtlich auszugleichen bemüht war. Eine ungezwungene Auslegung des Gesetzes kann aber aus dieser Bestimmung nicht den Schluß ziehen, daß sich § 18 SicherungsVO. lediglich auf solche Entschuldungsbetriebe bezieht, die sich im Sicherungsschutz befinden.

Diese Folgerung läßt sich auch nicht aus § 19 SicherungsVO. herleiten. Wenn dort in Abs. 2 bestimmt ist, daß der bestätigte Entschuldungsplan außer dem Betriebsinhaber und den darin aufgeführten Gläubigern auch dem Treu-

händer — den es nur im Sicherungsverfahren gibt — mitzuteilen ist, so läßt sich nach den vorstehenden Ausführungen über das Verhältnis von Entschuldungsverfahren und Sicherungsverfahren daraus nur folgern, daß, soweit ein Entschuldungsbetrieb sich auch im Sicherungsverfahren befindet, der bestätigte Entschuldungsplan neben dem Betriebsinhaber und den Gläubigern auch dem Treuhänder mitzuteilen ist.

In demselben Sinne sind auch die Bestimmungen der §§ 20 und 21 SicherungsVO. zu verstehen. Wenn nach diesen Vorschriften der bestätigte Entschuldungsplan unter Aufsicht des Treuhänders durchzuführen ist und die erforderlichen Grundbuchanträge von der „Sicherungsstelle" zu stellen sind, so geht daraus nur hervor, daß man (wie auch Schwaniger a. a. O. zu Recht annimmt) beim Erlaß dieser Bestimmungen von der — übrigens die Regel bildenden — Verbindung von Entschuldungs- und Sicherungsverfahren ausgegangen ist. Das rechtfertigt aber nicht den Schluß, daß § 18 nur bei einem Nebeneinander dieser beiden Verfahren gilt. Aus der in § 17 SicherungsVO. getroffenen klaren Unterscheidung zwischen dem Sicherungsverfahren und dem Entschuldungsverfahren nach Maßgabe des OsthilfeG. sowie der ausdrücklichen Anknüpfung in § 18 an dieses kurz vorher erwähnte Entschuldungsverfahren geht zu eindeutig hervor, daß §§ 18 ff. SicherungsVO. keine Sondervorschriften für die Entschuldung von Sicherungsbetrieben sind, sondern eine Ergänzung und Abänderung des OsthilfeG. darstellen und daher auf sämtliche Entschuldungsverfahren Anwendung finden.

Diese Auffassung, die sich bereits aus Aufbau und Wortlaut der SicherungsVO. zweifelsfrei ergibt, findet in den §§ 25—31 DurchfVO. zur SicherungsVO. eine weitere Stütze. Diese Vorschriften, die zur Durchführung und Ergänzung des § 18 SicherungsVO. dienen, beziehen sich ihrem Inhalte nach nur auf das Entschuldungsverfahren. Sie sind daher regelmäßig in sämtlichen Entschuldungsfällen angewandt worden, ohne daß von irgendeiner Seite Bedenken dagegen erhoben worden sind oder hätten erhoben werden können. Auch das erweist, daß es sich bei § 18 SicherungsVO. um eine reine Entschuldungsvorschrift handelt.

Die Auffassung Galewskis läßt sich auch nicht aus dem Zwecke des OsthilfeG. heraus begründen. Galewski geht bei seiner Beweisführung von dem Wortlaute des § 14 Abs. 2 dieses Ges. aus. Dieser erklärt die Entschuldungsmaßnahmen nur bei solchen Betrieben für zulässig, die (abgesehen von anderen Voraussetzungen) durch eine Erleichterung ihrer Kreditverhältnisse noch erhalten werden können. Mit dieser Bestimmung vergleicht Galewski § 1 SicherungsVO., nach dem die Einführung eines besonderen Sicherungsverfahrens geschieht, um im Osthilfegebiete die Vorbereitung und Einbringung der nächsten Ernte und im Interesse der Inhaber landwirtschaftlicher Betriebe sowie ihrer Gläubiger die Durchführung der Entschuldungsverfahren zu sichern. Aus dem Vergleiche der genannten beiden Bestimmungen leitet er her, daß sich Zwecke und Ziele des OsthilfeG. und der SicherungsVO. nicht decken. Nach seiner Auffassung will das OsthilfeG. vornehmlich den einzelnen Betrieb schützen, während die SicherungsVO. in erster Linie nicht den Schutz des einzelnen Betriebes, sondern die Vorsorge für die Volksgesamtheit, die bei Gefährdung der Ernte 1932 hätte Schaden nehmen können, bezweckt.

Dieser Schluß verkennt den Zusammenhang von OsthilfeG. und SicherungsVO. und die wirtschaftliche Lage, aus der heraus die SicherungsVO. erlassen ist (mit Recht verweist daher auch Schwaniger zur Widerlegung auf die Geschichte der Osthilfeaktion). Man kann nicht behaupten, daß das OsthilfeG. lediglich den Schutz des einzelnen landwirtschaftlichen Betriebes bezwecke und nicht vielmehr als weitergehendes Ziel die Sicherstellung der Volksernährung erstrebt habe. Die Einsetzung der im wesentlichen von der deutschen Industrie aufgebrachten Entschuldungsmittel würde sich nicht rechtfertigen, wenn man nur einzelne Mitglieder eines Berufsstandes als solche hätte schützen wollen, ohne daß ein allgemeines volkswirtschaftliches Interesse vorhanden gewesen wäre. Richtig betrachtet liegen die Dinge so, daß der Landwirt im deutschen Osten nicht in der Lage war, aus eigener Kraft die Lasten des Betriebes zu bestreiten und seinen Besitz zu erhalten. Es drohte also allgemein die Gefahr massenhafter Zwangsversteigerungen. Welche Folgen ein umfangreicher Besitzwechsel in wirtschaftlicher und politischer Hinsicht nach sich gezogen hätte, braucht nicht näher ausgeführt zu werden. Es kam daher nicht nur darauf an, Hunderte und Tausende von Betriebsinhabern vor dem unverdienten Verlust ihrer Scholle zu bewahren, sondern die deutsche Volkswirtschaft im ganzen von den Folgen derartiger umstürzender Vorgänge zu schützen. Als geeigneter Weg erschien die Erleichterung der Kreditverhältnisse der einzelnen Betriebe. Lediglich in diesem Sinn ist auch § 14 OsthilfeG. zu verstehen. Er gibt den allgemeinen Weg an, auf dem man die — namentlich auch im Interesse der Allgemeinheit liegenden — Möglichkeiten für die Fortführung der Betriebe durch ihre bisherigen Inhaber erreichen wollte.

In verhältnismäßig kurzer Zeit stellte es sich dann heraus, daß die im OsthilfeG. vorgesehenen Maßnahmen nicht ausreichten, um die Not der ostdeutschen Landwirtschaft zu beseitigen. Einmal gelang es nicht, mit genügender Schnelligkeit den einzelnen Betrieben Hilfe zu bringen, ferner war man bei der Durchführung der Entschuldung lediglich auf das Entgegenkommen der Gläubiger angewiesen, die sich begreiflicherweise nur schwer zu einem freiwilligen Nachlaß entschließen konnten. Die Lage hatte sich daher im Herbst 1931 so zugespitzt, daß die Einbringung der nächstjährigen Ernte ernstlich gefährdet war. Aus diesen Gründen entschloß man sich, die Osthilfe organisatorisch, materiell und finanziell den veränderten Verhältnissen anzupassen. Durch den Erlaß des Reichspräsidenten v. 5. Nov. 1931 wurde die Oststelle bei der Reichskanzlei aufgelöst und ihre Aufgaben auf einen Reichskommissar für die Osthilfe übertragen. Entsprechend wurde das OsthilfeG. abgeändert. In materieller Hinsicht wurde die Osthilfe durch den Erlaß der SicherungsVO. auf eine neue rechtliche Grundlage gestellt, die den seit Erlaß des OsthilfeG. veränderten wirtschaftlichen Verhältnissen Rechnung trug. Diesen Zweck hebt § 1 SicherungsVO. hervor, in dem der Gesetzgeber den Erlaß der SicherungsVO. mit der Sicherstellung der Ernährungsgrundlage rechtfertigt, als weiteren Zweck aber die Durchführung der Entschuldungsverfahren unter Berücksichtigung der Interessen der Gläubiger und Betriebsinhaber nennt. Daraus ergibt sich ohne weiteres, daß es sich bei dem Erlasse der SicherungsVO. nur um die Fortsetzung der Osthilfeaktion in anderer, wirksamerer Form und mit anderen Mitteln handelt. So sind auch die §§ 18 ff. SicherungsVO. nicht Vorschriften, die lediglich im Rahmen eines besonderen Sicherungsverfahrens gelten, sondern, wie bereits ausgeführt, eine Ergänzung des OsthilfeG. Die Rechtswirksamkeit einer derartigen Ergänzung und Abänderung des OsthilfeG. ist nicht zu bezweifeln, da die SicherungsVO. eine NotVO. des Reichspräsidenten ist, der die gleiche Gesetzeskraft zukommt wie einem vom Reichstag unter der verfassungsmäßigen Mitwirkung des Reichsrats beschlossenen Gesetze.

Ein Eingehen auf die Ausführungen Galewskis, daß § 11 Abs. 3 der Richtlinien v. 15. März 1932 den § 18 SicherungsVO. nicht auf die Entschuldungsverfahren, die von keinem Sicherungsverfahren begleitet sind, hätte ausdehnen können, ist nach den vorstehenden Ausführungen überflüssig. Unrichtig ist es auch, wenn Galewski sagt, das OsthilfeG. sehe die Abfindung der Gläubiger mit Entschuldungsbriefen vor, was praktisch lediglich eine Stundung der Forderungen bis zur Fälligkeit der Entschuldungsbriefe bedeute. Das OsthilfeG. sah grundsätzlich eine Barabfindung und nur ausnahmsweise die Befriedigung der Gläubiger in Ablösungsscheinen vor. In Anpassung der im OsthilfeG. vorgesehenen Finanzierungsmaßnahmen an die durch die Bankenkrise vom Juli 1931 veränderten finanziellen Verhältnisse führt erst die EntschuldungsVO. v. 6. Febr. 1932 (RGBl. I, 59) die sogenannten Entschuldungsbriefe ein, die jeder am Entschuldungsverfahren beteiligte Gläubiger nach Maßgabe der ergangenen AusführungsVO. als unbare Abfindung anzunehmen verpflichtet ist. Also auch hier ist kein Unterschied zwischen Sicherungs- und anderen Entschuldungsbetrieben gemacht.

Zum Schlusse sei gesagt, daß es namentlich bei der Auslegung von Wirtschaftsgesetzen nicht auf eine Verbalinterpretation der einzelnen Vorschriften, sondern auf den im volkswirtschaftlichen Interesse liegenden Zweck des Gesetzes entscheidend ankommt. Wollte man nur bei der Entschuldung von Sicherungsbetrieben die in § 18 SicherungsVO. vorgesehenen Zwangseingriffe zulassen, so würden denjenigen Betriebsinhabern, die zwar auch einer Entschuldung bedürfen, bei denen aber die Art der Verschuldung (z. B. langfristige Schulden) oder die Einstellung der Gläubiger die Eröffnung eines Sicherungsverfahrens nicht erforderte, die erweiterten Möglichkeiten einer Entschuldung nicht zugute kommen. Wie Schwaniger zutreffend betont, wäre eine derartig unterschiedliche Behandlung zweckwidrig und kann namentlich nicht etwa mit dem Ziel, die Einbringung der Ernte 1932 zu sichern, gerechtfertigt werden, da dieser Erfolg nicht durch Zwangseingriffe nach § 18 SicherungsVO. zu erreichen war, sondern lediglich durch den in §§ 8 ff. vorgesehenen Schutz gegen Zwangsvollstreckungen.

Sowohl das Ergebnis als auch der richtig verstandene Wortlaut und Aufbau der SicherungsVO., in der der Wille des Gesetzgebers klar zum Ausdrucke gebracht ist, sprechen eindeutig für die Ansicht, daß die im § 18 SicherungsVO. vorgesehenen Eingriffe in die Gläubigerrechte im Entschuldungsverfahren zulässig sind, gleichgültig, ob der Betriebsinhaber unter Sicherungsschutz steht oder nicht. Dies ist auch, wie bereits eingangs erwähnt, sowohl von den die Osthilfe durchführenden Stellen als vom Schrifttum anerkannt.

Vollstreckungsschutz für die Binnenschiffahrt.

Von Ministerialrat Dr. Vogels, Berlin.

Der deutschen Binnenschiffahrt, namentlich dem Kleinschiffer, geht es seit Jahren schlecht. Einem Überangebot an Kahnraum und Schleppkraft steht ein viel zu geringes Ladungsangebot gegenüber. Der einzelne Schiffseigner muß fast stets längere Zeit warten, bis er wieder einen Beförderungsauftrag erhält, und die von ihm verdiente Fracht ist nicht selten so gering, daß sie kaum zur Abdeckung der dringendsten Verpflichtungen für Verzinsung, Versicherung und Instandsetzung des Schiffes ausreicht. Der RPräs. hat bereits durch VO. v. 23. Dez. 1931 (RGBl. I, 783) die Reichsregierung ermächtigt, Maßnahmen zur Bekämpfung der Notlage der Binnenschiffahrt zu treffen, insbes. die Schiffseigner und Reedereien zu Zwangskartellen zusammenzuschließen und Güterverteilungsstellen und Frachtenausschüsse zu errichten. Diese Maßnahmen, die ständig weiter ausgebaut und durch eine Abwrackaktion ergänzt werden sollen, werden sicherlich zu einer Gesundung der Binnenschiffahrt führen. Der Wandel kann aber bei der Schwere der Krise nur allmählich eintreten. Dieser Gesundungsprozeß würde empfindlich gestört werden, wenn man zulassen wollte, daß rücksichtslose Gläubiger den unschuldig in Not geratenen, an sich zahlungswilligen Schiffseigner durch Vollstreckungsmaßnahmen über Gebühr schädigen. Die mit der Zwangsversteigerung verbundene Verschleuderung von Schiffen würde auch eine Hebung der Frachten verhindern und damit auch die an der Zwangsversteigerung nicht beteiligten Schiffseigner und mittelbar deren Gläubiger in Mitleidenschaft ziehen. Wenn die Schiffahrt sich wirklich erholen soll, muß man ihr eine gewisse Schonzeit gewähren. Dieser Gedanke ist jetzt verwirklicht worden durch das Gesetz über Vollstreckungsschutz für die Binnenschiffahrt v. 24. Mai 1933 (RGBl. I, 289).

Das Gesetz lehnt sich im allgemeinen an die Vorschriften über den landwirtschaftlichen Vollstreckungsschutz an (VO. v. 8. Dez. 1931 und 14. Febr. 1933 [RGBl. I, 699 und 63]). Die Grundgedanken des Gesetzes sind folgende:

I. Einstweilige Einstellung der Zwangsversteigerung von Binnenschiffen.

Die Verfahren zur Zwangsversteigerung eines im deutschen Binnenschiffsregister eingetragenen Schiffes werden grundsätzlich kraft Gesetzes bis zum 31. März 1934 einstweilen eingestellt. Nicht erfaßt werden die kleinen, nicht eintragungspflichtigen Schiffe unter 20 Tonnen, weil hier ein Bedürfnis für einen besonderen Schutz nicht besteht, und die im Seeschiffsregister eingetragenen Schiffe, weil sich bei der internationalen Verflechtung des Seeverkehrs ein Vollstreckungsschutz für Seeschiffe nicht durchführen läßt. Die Frist für die Einstellung ist bis zum Frühjahr 1934 erstreckt worden, weil dem Schiffseigner auch über die Wintermonate, in denen er keinen oder nur geringen Verdienst erzielen kann, hinweggeholfen werden soll.

Die einstweilige Einstellung bedeutet, daß die Zwangsvollstreckung an sich nicht aufgehoben wird. Die Beschlagnahme des Schiffs und das in ihr enthaltene Veräußerungsverbot sowie der Versteigerungsvermerk im Schiffsregister bleiben bestehen. Auch neue Zwangsversteigerungsverfahren dürfen eingeleitet werden. Grundsätzlich verboten ist dagegen die Durchführung der Zwangsversteigerung. Der Vollstreckungsschutz würde seinen Zweck verfehlen, wenn das Schiff während der Einstellung vom Gericht festgehalten werden müßte; das Gesetz bestimmt, daß während der gesetzlichen Einstellung eine Bewachung und Verwahrung des Schiffs (§ 165 ZwVerstG.) nicht stattfindet. Auch ein dinglicher Arrest kann während dieser Zeit gegen das Schiff grundsätzlich nicht ausgebracht werden. Damit diese Verbote nicht umgangen werden können, ist auch die Vollstreckung in eine Schiffspart der gleichen Beschränkung unterworfen.

Dieser Vollstreckungsschutz soll nun nicht etwa bedeuten, daß der Schiffseigner ein Jahr lang keine Schulden zu zahlen brauche. Das würde zu einer völligen Zerstörung des Schiffskredits und damit zu einer weiteren Erschwerung des Gesundungsprozesses führen. Das Gesetz sieht daher eine Reihe von Ausnahmen vom Versteigerungsverbot vor, bei deren Ausgestaltung im einzelnen ein billiger Ausgleich zwischen den Belangen der Schiffseigner auf der einen und der verschiedenen Gläubigergruppen auf der anderen Seite sowie der Gläubiger untereinander angestrebt wurde. Zum Teil geht die Ausnahmeregelung dahin, daß die einstweilige Einstellung der Zwangsversteigerung bei gewissen Ansprüchen überhaupt nicht eintritt. Bei anderen Ansprüchen wird dem Gläubiger gestattet, die vorzeitige Fortsetzung der Zwangsversteigerung zu beantragen.

Die erste Gruppe von Gläubigern, bei denen also eine einstweilige Einstellung des Verfahrens überhaupt nicht eintritt, wird gebildet von den sog. Schiffsgläubigern i. S. des § 102 Nr. 1—5 BinnSchG. Es handelt sich hier z. B. um Lotsengelder, Hafengebühren, Ansprüche aus Bergung und Hilfeleistung, aus großer Haverei, aus Schiffszusammenstoß, aus dem Frachtvertrag, aus Notgeschäften des Kapitäns und um Lohnforderungen der Schiffsbesatzung. Das Vorrecht dieser Forderungen beruht zum Teil darauf, daß der Schiffseigner für sie nicht persönlich, sondern nur mit Schiff und Fracht haftet. Zum Teil erklärt sich die Bevorrechtung aus der Rücksicht auf die Ladungsbeteiligten oder auch aus dem Gesichtspunkt der nützlichen Verwendung auf das Schiff.

Zur Stellung des Antrags auf vorzeitige Fortsetzung des Verfahrens sind die eingetragenen Schiffspfandgläubiger berechtigt, wenn der Schuldner mit Zinsen in Höhe eines Jahresbetrages oder bei erststelligen Schiffspfandrechten mit Abzahlungsraten in Höhe von zwei Jahresbeträgen im Rückstande ist oder wenn der Schuldner seiner Pflicht, das Schiff versichert zu halten, nicht mehr

nachkommt. Fortsetzungsantrag dürfen ferner stellen die Betriebskreditgläubiger, das sind diejenigen, die nach dem 31. März 1932 zur Bestreitung der Betriebsbedürfnisse Kredit gewährt oder Lieferungen oder sonstige Leistungen bewirkt haben. Wenn der Fortsetzungsantrag auf Rückstände an Zinsen oder Abzahlungsraten gestützt wird, kann der Schuldner den Notstandseinwand erheben; dieser Einwand steht ihm nicht zu bei Versäumung der Versicherungspflicht und gegenüber den Betriebskreditgläubigern.

Weitere Ausnahmen sind noch vorgesehen für den Fall, daß von dem Schuldner eine ordnungsmäßige Wirtschaftsführung nicht zu erwarten ist, und bei Schiffen, die nach Anhörung eines Sachverständigen vom Gericht als abwrackreif angesehen werden.

Um einer mißbräuchlichen Inanspruchnahme des Vollstreckungsschutzes vorzubeugen, sieht das Gesetz die Möglichkeit vor, den Schuldner einer formlosen und in der Regel unentgeltlich ausgeübten Aufsicht zu unterstellen. Die Aufsicht hat keine Beschränkungen der Verpflichtungsfähigkeit des Schuldners zur Folge und soll im wesentlichen darin bestehen, daß der Schuldner der Aufsichtsperson über seine Einnahmen und Ausgaben Rechenschaft ablegt.

II. Mindestgebot bei der Zwangsversteigerung von Binnenschiffen.

In Krisenzeiten pflegt der bei Versteigerungen erzielte Erlös weit hinter dem wirklichen Wert des versteigerten Gegenstandes zurückzubleiben. Ähnlich wie bei Grundstücken soll jetzt auch bei der Zwangsversteigerung von Schiffen ein durch den Erlös nicht mehr vollständig gedeckter Berechtigter die Versagung des Zuschlags beantragen dürfen, wenn das Meistgebot hinter $^7/_{10}$ des Schiffswertes zurückbleibt. Wird der Zuschlag daraufhin versagt, so soll das Gericht einen nicht über drei Monate hinauszuschiebenden neuen Termin anberaumen. In der Zwischenzeit können die Beteiligten in geeigneter Weise, z. B. durch Heranziehung neuer Bietungslustiger, darauf hinwirken, daß bei der Versteigerung ein besseres Ergebnis erzielt wird.

Aus dem Grundstücksnotrecht ist ferner die Bestimmung übernommen, daß ein zur Befriedigung aus dem Grundstück berechtigter Ersteher wegen seiner persönlichen Forderung gegenüber dem Schuldner grundsätzlich in Höhe von $^7/_{10}$ des Schiffswerts als befriedigt gilt, auch wenn das Meistgebot niedriger war. Für die Zwecke der Durchführung dieser Vorschriften wird der Schiffswert nach Anhörung von Sachverständigen im Versteigerungstermin vom Gericht festgesetzt. Diese Vorschriften sind zum Teil mit rückwirkender Kraft ausgestattet, indem ihr Inkrafttreten auf den 1. Jan. 1933 zurückdatiert wird.

III. Beschränkung der Zwangsvollstreckung in sonstiges bewegliches Vermögen.

Die Abschnitte 1 und 2 des Gesetzes befassen sich nur mit dem Schiff und seinem Zubehör. Im Gegensatz dazu regelt Abschnitt 3 die Vollstreckung in das sonstige Vermögen des Schuldners, soweit es zum Betriebe des Schiffes benötigt wird, z. B. gewisse Vorräte und Einrichtungen an Land sowie gewisse Geldbeträge und Forderungen, namentlich Frachtforderungen. Die Vollstreckung in diese Betriebsmittel wird grundsätzlich bis zum 31. März 1934 für unzulässig erklärt. Auch hier sind Ausnahmen vorgesehen für Schiffsgläubigerrechte, ferner für gesetzliche Unterhaltsansprüche, die nach dem 31. März 1933 fällig werden, für Versicherungsprämien, ferner für Steuern, Sozialversicherungsbeiträge, für die nach dem Inkrafttreten des Gesetzes fällig werdenden Zinsen und Abzahlungsraten und für Betriebskredite. Bei einem Teil dieser Gläubiger ist die Vollstreckung nur mit der Maßgabe möglich, daß ein von der unteren Verwaltungsbehörde bescheinigter Notstand des Schuldners anerkannt werden muß.

IV. Änderung des BinnSchG. (Einführung einer zeitlichen Beschränkung für das Lohnprivileg).

Nach § 102 Nr. 2 BinnSchG. hat die Schiffsbesatzung wegen der Forderungen aus dem Dienstverhältnis ein Vorrecht am Schiff, das sogar älteren eingetragenen Rechten im Rang vorgeht. Seit einiger Zeit mehren sich die Nachrichten, wonach dieses Vorrecht mißbräuchlich in Anspruch genommen wird. Es sind z. B. Fälle vorgekommen, wo Söhne oder sonstige Verwandte des Schiffseigners angeblich rückständige Löhne für den Zeitraum von mehreren Jahren geltend gemacht und hierdurch zum Schaden der übrigen Gläubiger fast den ganzen Schiffswert für sich in Anspruch genommen haben. Nach dem Gesetz soll in Zukunft das Privileg für rückständige Löhne nur noch für den Zeitraum von 6 Monaten vor der Beschlagnahme des Schiffs anerkannt werden. Zur Vermeidung von Härten wird während einer Übergangszeit das Privileg noch für Lohnrückstände in Höhe eines Jahresbetrags gewährt.

Wegen der genaueren Einzelheiten der gesetzlichen Regelung darf ich auf mein soeben bei Franz Vahlen, Berlin, erschienenes Erläuterungsheft verweisen. Dieser kurze Überblick über den Inhalt des Gesetzes möge dartun, daß das Gesetz weder einseitig den Schuldner, noch einseitig den Gläubiger begünstigen, sondern dem gemeinsamen Nutzen beider Teile dienen will. Sowohl der Binnenschiffahrt wie dem Schiffskredit soll über die schwere Zeit hinweggeholfen werden, damit beide in einer hoffentlich nahen Zukunft an den Vorteilen der Wiederbelebung der Wirtschaft teilnehmen können.

Treuhänderschaft und § 419 BGB.

Von Gerichtsassessor Dr. Friedrich Wolfgang Hagedorn, Bremerhaven.

Die Übertragung ganzer Vermögensmassen zu treuen Händen ist heute verhältnismäßig häufig. Sie kommt insbes. bei der Sicherungsübereignung und der Liquidationstreuhand vielfach vor. Ihre Folge ist oft eine Gefährdung von Gläubigern des Treugebers.

Das Gesetz bietet diesen Gläubigern schlechthin zwei Behelfe: die Anfechtung gemäß dem AnfG. und den Anspruch aus § 419 BGB. Die Anfechtung baut auf einem subjektiven Tatbestand auf: dem Bewußtsein der Gläubigerbenachteiligung. Der Anspruch aus § 419 BGB. ist dagegen lediglich an die objektive Voraussetzung einer vertraglichen Vermögensübernahme geknüpft. Das Anwendungsgebiet dieser Vorschrift wird daher vielfach dort liegen, wo die Darlegung des für die Anfechtung erforderlichen subjektiven Tatbestandes auf Schwierigkeiten stößt. Eine wichtige Einschränkung besteht darin, daß § 419 BGB. nur für die Verbindlichkeiten gilt, die bereits im Augenblick der Vermögensübernahme bestanden.

Es ist in Zweifel gezogen worden, ob § 419 BGB. im Falle einer Vermögensübertragung zu treuen Händen anwendbar ist[1]). Und zwar herrscht Streit darüber, ob eine Vermögensübernahme im Sinne der genannten Vorschrift schon in dem äußeren (formellen) Tatbestand der (dinglichen) Übertragung aller Vermögenswerte liegt, oder aber ob der Erwerber des Vermögens dieses auch „als eigenes" (materiell) übernommen haben muß, ob also der Zweck der Übertragung zu berücksichtigen ist.

[1]) Dafür: Staudinger-Werner, 1930, Anm. I 2 zu § 419 BGB.; Brändl: LZ. 1930, 154; Kiesow: JW. 1933, 132; Bley: KonkTrW. 1928, 1; Pick: KonkTrW. 1927, 65; OLG. Kiel: Rspr. 29, 192; HansOLG.: Rspr. 45, 138 (abweichend 22, 215); AG. Mühlheim: JW. 1927, 2539; dagegen: Warneyer, 1930, Anm. 1 zu § 419 BGB.; Soergel, 1931, Anm. 7 zu § 419 BGB.; Carstens: JW. 1931, 2183; Merkel: JW. 1930, 1342; HansOLG.: Rspr. 22, 215; Bovensiepen: DJZ. 1915, 491.

Der Begriff der Vermögensübernahme in § 419 BGB. läßt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes nicht näher bestimmen. Auch die Gesetzesmaterialien schweigen. Eine Entscheidung der Streitfrage läßt sich deshalb nur aus dem Sinn des Gesetzes gewinnen. Mit den Worten des OLG. Kiel[2]) ist:

der Grundgedanke des § 419 BGB., daß die Gläubiger ihre Befriedigung bei demjenigen suchen dürfen, der das Aktivvermögen, die Grundlage des schuldnerischen Kredits, an sich bringt.

Dieser Grundgedanke erfordert, daß § 419 überall da eingreift, wo der ursprüngliche Schuldner mit dem veräußerten Vermögen nicht mehr haftet[3]). Für den Fall der Treuhand bedeutet das, daß § 419 BGB. angewendet werden muß, wenn der Treuhänder sein Eigentum einem vollstreckenden Gläubiger mit Erfolg würde entgegenstellen können[4]). Hier spielt die bei der Widerspruchsklage so oft erörterte Frage hinein, wie weit der Treuhänder diese Möglichkeit überhaupt hat[5]). Bejaht man sie schlechthin, so ist § 419 gegenüber dem Treuhänder stets anwendbar[6]). Vertritt man wie der Verfasser die herrschende Meinung, daß nur dem „eigennützigen" Treuhänder, insbesondere also dem Sicherungseigentümer, und daneben auch im Regelfall[5]) dem Liquidationstreuhänder als (stillem) Vertreter der begünstigten Gläubiger diese Befugnis zusteht, so ist die Wirksamkeit des § 419 auf diese Fälle beschränkt.

Die Gefahr für den Treuhänder, unter Umständen gemäß § 419 BGB. persönlich für die Schulden seines Treugebers in Anspruch genommen zu werden, ist kein Grund, die Anwendung dieser Vorschrift auf den Treuhänder abzulehnen. Sie ist lediglich die Kehrseite der Tatsache, daß dem Treuhänder eine stärkere Rechtsmacht übertragen wird als der Geschäftszweck erfordert. Praktisch ist diese Gefahr überdies nur gering, weil der Treuhänder nicht gemäß, sondern nur mit dem übernommenen Vermögen haftet. Im Prozeß hat er lediglich darauf zu achten, daß ihm die beschränkte Haftung vorbehalten bleibt.

Beruft der Treuhänder sich auf seine beschränkte Haftung, so hat er das übernommene Vermögen im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben, d. h. also die Vollstreckung in dieses Vermögen zu gestatten. Insbes. für den Sicherungseigentümer taucht damit die Frage auf, wie er bzgl. seiner eigenen Forderungen gestellt ist, die bei Abschluß des Sicherungsübereignungsvertrages gegen den Treugeber bereits bestanden und für die die übernommene Vermögensmasse daher gleichfalls haftet. Das RG., dem sich das Schrifttum durchweg angeschlossen hat, vertritt allgemein den Standpunkt, daß der Übernehmer in diesem Falle für seine eigenen Forderungen gegen seinen Rechtsvorgänger ein Vorabbefriedigungsrecht hat[7]). Michaelis (a. a. O. Bem. 1) und Warneyer (a. a. O. Bem. I) wollen das — allerdings ohne nähere Begründung und anscheinend Asch (a. a. O.) folgend — im Gegensatz zu Staudinger-Werner für den Fall der Sicherungsübereignung nicht gelten lassen. Diese Ansicht dürfte kaum zu rechtfertigen sein. Die Möglichkeit einer gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger besteht im Falle des § 419 BGB. nicht, weil anders als beim Nachlaß ein Sonderkonkurs über das übernommene Vermögen nicht zulässig ist. Die Gläubiger kommen daher stets nacheinander zum Zuge, und zwar in der zeitlichen Reihenfolge, in der sie vollstrecken. Eine Befriedigung des Übernehmers „neben" den Gläubigern ist undenkbar[8]). Es fragt sich nur, an welcher Stelle der Übernehmer in diese Reihe einzuschalten ist. Der Beginn der Vollstreckung kann für ihn nicht entscheidend sein, weil er gegen sich selbst weder einen Titel erwirken noch aus diesem vollstrecken kann[9]). Den Übernehmer deshalb aber einfach an das Ende der Reihe zu stellen, entbehrt der gesetzlichen Grundlage[10]). Man wird daher bei ihm auf den Augenblick abstellen müssen, in dem er berechtigt ist, Befriedigung für seine Forderung zu verlangen. Es ist nicht einzusehen, weshalb das für die Sicherungsübereignung nicht gelten soll[10a]). Der Sicherungsübereigner ist daher berechtigt, Vorabbefriedigung aus dem Treugut für sich in Anspruch zu nehmen, wenn seine Forderung in dem Augenblick, in dem der Gläubiger im Wege der Vollstreckung vorging, schon fällig war, und wenn er für den Fall, daß der Sicherungsgeber Besitzer des Treuguts geblieben ist, bereits das Recht hatte, die Herausgabe des Treuguts zwecks Befriedigung zu verlangen. Für den letzten Fall würde dem Gesicherten also, soweit das Treugut zu seiner Befriedigung erforderlich ist, die Widerspruchsklage auch gegenüber dem Einwand aus § 419 BGB. zustehen. Die eigentümliche Besitzverteilung dürfte eine besondere Behandlung der Sicherungsübereignung nicht rechtfertigen. Der Hinweis Aschs, daß der Gesicherte mit einem Titel gegen den Sicherungsgeber vollstrecken könne, trifft die Sache nicht, weil der Rang der Gläubiger durch Vollstreckungsakte ausschließlich gegen den Sicherungsnehmer bestimmt wird. Auch die Verantwortlichkeit des Übernehmers gemäß §§ 1978, 1979 BGB. führt zu keinem anderen Ergebnis, weil der Übernehmer mangels jeder Möglichkeit, eine gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger herbeizuführen, durch seine Vorabbefriedigung keine Pflichten verletzt.

Prozessual findet sich der Anspruch aus § 419 BGB. als Klagegrund bei Treuübertragungen nur selten. Er wird vielmehr meist als Einwendung gegen die Widerspruchsklage des Treuhänders geltend gemacht. Die Frage, ob das grundsätzlich zulässig ist, ist heute in bejahendem Sinne entschieden[11]). Streitig ist jedoch, ob der Gläubiger diese Einwendung unter allen Umständen geltend machen kann oder nur dann, wenn er sich einen vollstreckbaren Titel gegen den Treuhänder verschafft hat. Die herrschende Meinung verlangt diesen Titel, den sich der Gläubiger übrigens vielfach auf Grund des § 729 ZPO. in erleichterter Form verschaffen kann[12]). Das RG., das sich diesem Standpunkt zunächst in dem gleichliegenden Fall des § 1480 BGB. unbeschränkt angeschlossen hatte[13]), hat später für den Fall anders entschieden, daß der Gläubiger der Intervention des Treuhänders den Anspruch aus § 419 BGB. im Wege der Widerklage entgegenhält[14]), und die Begründung dieser Entscheidung läßt die Möglichkeit offen, daß das RG. bei erneuter Prüfung der Frage die Einwendung ganz allgemein durchgreifen lassen würde. Dagegen hat das OLG. Kiel den Titel in aller Schärfe für unnötig erklärt[15]).

Beide Ansichten haben gute Gründe für sich. Gibt man

---

[2]) Rspr. 29, 192.

[3]) Vgl. die entsprechende Formulierung Emmerichs, Sanierung Bd. I S. 119.

[4]) Auszuscheiden haben hier und im folgenden natürlich die Fälle, in denen der Gläubiger vertraglich und insbes. durch bestätigten Vergleich gem. der VerglO. verpflichtet ist, die Treuübertragung zu dulden.

[5]) Vgl. darüber Kiesow, VerglO. Vorbem. 25 vor § 5 mit Literaturangaben.

[6]) Die vereinzelte Ansicht von Merkel: JW. 1930, 1342, der auf der einen Seite dem Treuhänder kraft seiner „formellen" Rechtsstellung die Widerspruchsklage gibt, auf der andern Seite aber die Anwendung des § 419 ablehnt, weil der Treuhänder das Vermögen „nicht als eigenes" übernommen hat, hier also die formelle Berechtigung nicht ausreichen läßt, ist widerspruchsvoll und entrechtet im Ergebnis die an der Treuhand nicht beteiligten Gläubiger über Gebühr.

[7]) RG. 82, 278 = JW. 1913, 919; RG.: GruchBeitr. 58, 940; WarnRspr. 14 Nr. 213; DJZ. 1914, 378; RG. 137, 56; Staudinger-Werner, 1930, Bem. II 2 b α zu § 419 BGB.; Michaelis in RGRKomm., 1929, Bem. 2 zu § 419 BGB.; Warneyer, 1930, Bem. II zu § 419 BGB.; RG.: DJZ. 1917, 883; dagegen Asch: JW. 1913, 188.

[8]) Der Standpunkt Aschs (a. a. O.) und Michaelis (a. a. O.) ist deshalb abzulehnen.

[9]) Der Gedanke Aschs (a. a. O.), den Übernehmer unter Zuhilfenahme eines Pflegers gegen sich selbst klagen zu lassen, ist abwegig (vgl. RG.: DJZ. 1914, 378).

[10]) So mit Recht RG. 82, 278 = JW. 1913, 919; RG.: DJZ. 1914, 378.

[10a]) Die angeführten Entsch. des RG. betreffen übrigens einen Fall der Sicherungsübereignung; vgl. den bei Asch: JW. 1913, 188 mitgeteilten Tatbestand.

[11]) RG.: JW. 1912, 347[12]; OLG. Kiel: Rspr. 29, 192; HansOLG.: HansRZ. 1926, 43. Ihrem Wesen nach ist diese Einwendung eine Arglisteinwendung, die auf den Satz zurückführt: dolo petit, qui petit, quod redditurus est.

[12]) So Pick: KonkTrW. 1927, 66; Sättler: JW. 1927, 2453; Stein-Jonas, Bem. II 4a a. E. zu § 771 ZPO.

[13]) RG. 68, 426 = JW. 1908, 477.

[14]) JW. 1912, 347[12].

[15]) Rspr. 29, 193.

materiellen Gesichtspunkten den Vorzug, so ist der Titel überflüssig; denn die in dem Titel liegende Bürgschaft, daß der in ihm bescheinigte Anspruch amtlich geprüft oder im Wege der Unterwerfung unter die Vollstreckung vom Schuldner anerkannt ist, wird sachlich dadurch ersetzt, daß der Richter die Einwendung beurteilt; und mit Recht weist das RG. deshalb darauf hin, daß der gegenteilige Standpunkt zu unnötigen Prozessen führt[16]). Vollstreckungsrechtlich ergeben sich aber erhebliche Bedenken. Der mit der Widerspruchsklage angegriffene Zugriff in das übertragene Gut richtet sich nur scheinbar gegen den Vollstreckungsschuldner, tatsächlich aber gegen den Übernehmer des Vermögens. Es liegt also ein Vollstreckungsakt vor, dem die gemäß § 750 ZPO. und den entsprechenden Vorschriften erforderliche Legitimation durch einen Titel fehlt. Nach dem ganzen Aufbau des deutschen Vollstreckungsrechts ist aber Grundlage der Vollstreckung nicht der materielle Anspruch, sondern der in dem Titel in Verbindung mit der Vollstreckungsklausel liegende Befehl an die Vollstreckungsorgane[17]), wie denn auch die Widerspruchsklage nicht über materielle Rechtsverhältnisse, sondern nur über die Zulässigkeit einer Vollstreckung entscheidet. Diese Tatsache wird man kaum beiseite schieben dürfen. Der Titel gegen den Vermögensübernehmer dürfte daher Voraussetzung für das Durchschlagen der Einwendung aus § 419 BGB. sein, zumal auch § 729 ZPO. in diese Richtung weist. Dagegen erscheint es richtig, wenn das RG. es zuläßt, daß der Gläubiger sich den Titel erst durch Widerklage im Interventionsprozeß verschafft; denn hier wäre die entgegengesetzte Entscheidung reiner Formalismus. Für die Praxis bedeutet das, daß zweckmäßigerweise diese Widerklage stets zusammen mit der Einwendung aus § 419 BGB. erhoben wird, wenn ein Titel gegen den Übernehmer des Vermögens nicht bereits vorliegt.

[16]) RG.: JW. 1912, 347[12].

[17]) Vgl. Stein-Jonas, 1926, Vorbem. II vor § 704 ZPO.

Inflation und Deflation.

Es stellt ein interessantes, ja vordringliches Problem des Gegenwartsrechts dar, ob die Deflation, die Aufblähung des Geldwertes, deren Folgen wir seit einigen Jahren zu beobachten Anlaß haben, zu ähnlichen nur entgegengesetzten Rechtsfolgen und Maßnahmen zu führen habe, wie es bei der seit nunmehr fast zehn Jahren glücklich überwundenen Inflation sich notwendig gemacht hatte. Hamburger hat in einer kleinen Schrift[1]) mit großer Entschiedenheit und sicherlich anregender Kraft die Bejahung dieser Frage vollzogen. Aus seinen leider nur kurzen Ausführungen ist von zweifelsfreiem Wert der Hinweis auf die mancherlei gesetzlichen und Verwaltungsmaßnahmen, in denen diese und jene Sonderfrage der Geldwertentwicklung angepackt wurde. Und es erscheint als ein Verdienst, zum erstenmal im Zusammenhang des bürgerlichen Rechts auf diese Erscheinungen hingewiesen zu haben, ein Verdienst, das in der Besprechung von Emmerich: JW. 1933, 505 leider nicht zur Anerkennung gelangt ist. Es handelt sich bei jenen Maßnahmen in Wahrheit nicht um disiecta membra einzelner Punkte, sondern um einen allgemeinen, allerdings zunächst nur in gewissen Teilmaßnahmen verwirklichten Rechtsgedanken des Inhalts, daß das Recht dem unverhältnismäßig gesteigerten Geldwert wenigstens einigermaßen angepaßt werden müsse.

Hamburger meint aber weiterhin, daß wir darüber hinaus der Berücksichtigung der Deflation Einlaß in unsere Rspr. und Rechtsbildung gewähren müßten. Er verwendet zu diesem Zweck den berühmten Leitsatz des § 242 BGB., dem er bekanntlich schon früher eine, sehr viel ausführlichere, Untersuchung auf Grund unserer Rspr. gewidmet hatte[2]). Er erblickt in Inflation und Deflation zwei wesentlich gleichartige Phänomene, nur mit umgekehrten Vorzeichen. Und wie man den Wirkungen der ersteren mit Hilfe jenes allgemeinen Rechtsgrundsatzes, auch über den Bereich des positiven Aufwertungsrechtes hinaus, bekanntlich in weitestem Maße entgegengetreten war und ihnen in der noch immer bedeutsamen „freien Aufwertung" entgegentritt, so meint Hamburger, der Rspr. eine grundsätzlich gleichartige Aufgabe gegenüber den unseligen Deflationserscheinungen zuweisen zu sollen. Dabei will er freilich — sehr mit Recht — die auf sofortige oder doch alsbaldige Erledigung angelegten „Geschäfte des täglichen Lebens" wie (die meisten) Käufe, Werkverträge usw., sowie gewisse andere Fälle ausnehmen, während er als Grenze der Eingriffsmöglichkeit in sonstige Akte den Stichtag des 13. Juli 1931, den „schwarzen Tag" der Bankenkatastrophe, verwertet wissen will. Ich meinerseits möchte die Möglichkeit, für gewisse extreme Fälle einzugreifen, demgegenüber gewiß nicht anzweifeln, und sehe in dem Hinweis auf das Hilfsmittel des § 242 ein Verdienst des Verf., das in Emmerichs Gegenäußerung wiederum nicht genügend gewürdigt wird. Auf der anderen Seite dürfte Hamburger in der Parallelisierung der In- und Deflationserscheinungen wohl reichlich weit gehen. Vor allem bestehen in dem Ausmaße der letzteren gegenüber der damaligen entsetzlichen Inflation, Gott sei Dank, so kolossale Verschiedenheiten, daß man darüber nicht hinweggehen kann. Allerdings wird heute die zurückschauende Betrachtung wohl sicherlich zu dem Urteil führen, daß wir uns seinerzeit viel zu spät entschlossen haben, dem maßlosen Unheil unserer Währungskatastrophe entgegenzutreten, und wir würden, wenn uns ein unholdes Geschick eine Wiederholung jenes Zusammenbruches bescheren sollte — absit omen! — die zwingende vaterländische Pflicht haben, ganz anders rasch und drastisch einzugreifen. Aber bei der jetzigen Deflation liegen die Dinge doch immerhin nicht im entferntesten so bedrohlich, und sie ist überhaupt, wenn nicht alles täuscht, im wesentlichen bereits zum Stillstand gekommen. Aber immerhin: eine weitgehende Ähnlichkeit ist doch nicht zu verkennen, und der Hinweis von Emmerich auf die „Währungsstabilität" kann demgegenüber nicht voll überzeugen. Wie in der Kriegs- und Nachkriegszeit, sind es im Grunde doch auch neustens wieder Verwaltungsmaßnahmen, die auf unsere Geldwirtschaft — in gerade entgegengesetzter Richtung — eine entscheidende Wirkung ausgeübt haben. Die Inflation ist uns, abgesehen von dem damals unleugbar vorhandenen Mißtrauen in unsere politische Zukunft, wesentlich durch die immermehr zunehmende Überflutung mit ungedecktem Papiergeld beschert worden. Jetzt haben wir das, an sich sicher nicht zu verwerfende, umgekehrte Bestreben, unsere neue Reichsmarkwährung, den Kurs der Mark, um jeden Preis hochzuhalten. Wir schaffen daher so wenig Währungsgeld wie nur möglich und suchen den Bedarf nach Bargeld durch eine fabelhaft weitgehende Ausprägung von unterwertigem Silbergeld, das unsere Geldbörsen fast zum Platzen anschwellen läßt, zu befriedigen, während die Geldausfuhr durch die bekannten Drosselungsmaßnahmen möglichst scharf im Zaume gehalten wird. Immerhin wirkt gerade das Bestreben auf Stabilität der Währung dahin, unsere verfügbaren Großgeldmittel in beschränkten Grenzen zu halten und leistet der Deflation in gewissem Sinne ebenso Vorschub, wie das schrankenlose Verwenden der Notenpresse seinerzeit der Inflation; das kommt in Emmerichs Kritik in keiner Weise zum Ausdruck.

Und vor allem: es kommt im Sinne des Themas weniger auf die Währung als solche an, als vielmehr auf die Auswirkung auf die Preisgestaltung. Wenn wirklich, wie doch unstreitig bis vor kurzem in weitem Ausmaß geschehen, die Warenpreise ständig zurückgehen, so kann es sehr wohl eintreten, daß die wirtschaftliche Grundlage des einzelnen Geschäftes, je stärker es auf eine Abwicklung in der Zukunft angelegt ist, sich mehr oder minder grundstürzend ändert. So bei langfristigen Liefer-, ferner bei Anstellungs- und Arbeitsverträgen, auf die auch Hamburgers Ausführungen besonders gemünzt sind. Hier können sich leicht entsprechende, nur gerade die andere Partei, den Schuldner, treffende Mißlichkeiten ergeben, wie früher bei der Inflation. Und wie es damals nicht zum wenigsten die Sorge um die bedrohten Gläubiger war, die mir bei Abfassung meines Buches über die „Geschäftsgrundlage", offengestanden, die Feder in die Hand zwang, so kann heute die Sorge um die wirtschaftlichen Belange der Schuldner einen wiederholten Hinweis auf jenen Rechtsbegriff rechtfertigen. Und wie damals die vielfache Anerkennung und Verwertung der „Geschäftsgrundlage" eine Art von, zugegeben noch unvollkommenem, Vorläufer der zunächst fehlenden Aufwertung bildete, so kann sie heute, mangels einer gesetzlich anerkannten „Abwertung", einen Ersatz darstellen, mittels dessen der Schuldner sich von wirklich unerträglich gewordenen Dauer- oder doch auf längere Zeit angelegten Verpflichtungsverhältnissen losmachen kann. Die positivrechtliche Grundlage dafür bildet, entsprechend wie bei der Inflation, besonders der § 242 BGB., auf den daher Hamburger insoweit zutreffend hinweist.

Eine andere Frage ist die, ob wir darüber hinaus sogar zu gesetzlichen Maßnahmen, Gegenstücken der früheren Aufwertung, zu schreiten veranlaßt seien. Hamburger tritt dafür ein (S. 26 ff.), allerdings nur in skizzenhafter Kürze. Ich glaube demgegenüber nicht,

[1]) Deflation und Rechtsordnung, Mannheim, Bensheimer 1933.

[2]) Treu und Glauben im Verkehr, Mannheim, Bensheimer, 1931.

daß ihm ein Beweis für solche Notwendigkeit vollauf gelungen sei. Die Deflation hat bisher nicht, wie ich schon oben darlegte, zu auch nur annähernd gleichartigen Mißständen geführt, wie ihre Vorgängerin, von der Währungsvernichtung um die Mitte 1923 ganz zu schweigen, wird auch bestimmt nie dahin führen. Unerträglich sind höchstens gewisse Einzelfälle geworden. Und wenn man selbst für einen großen, ja wohl den größeren Teil des Inflationsgebietes sich statt mit eigentlichen gesetzlichen Eingriffen mit einer „freien Aufwertung" nach Maßgabe des Einzelfalles begnügt hat, sollte es hier sinngemäß, sei es bei einer Anerkennung der Geschäftsgrundlage, sei es allenfalls darüber hinaus bei einer individuellen Abwertung sein Bewenden behalten.

Die ganzen Fragen nach den Folgen von In- und Deflation würden im wesentlichen gegenstandslos, wenn man sich mit einer neuerdings wieder — in einer Schrift von Eckstein — in den Vordergrund gerückten, im Grunde schon auf Savigny zurückführenden Lehre dazu verstehen würde, in Geldschulden von vornherein nicht einfache Gattungsschulden bestimmten Umfanges, sondern sog. Wertschulden zu erblicken, deren Nennbetrag in einer Art von prästabilierter Harmonie sich nach der jemaligen Kaufkraft der Geldeinheit wechselnd zu richten hätte. Aber diese Lehre, so bestechend sie vorgetragen wird, hat mit dem nun einmal bei uns geltenden Rechtszustand m. E. nichts gemein, und auch über ihre rechtspolitische Angemessenheit sind die Akten bestenfalls noch nicht geschlossen. Für eine auf die Gegenwart oder absehbare Zukunft gerichtete Rechtsbetrachtung kommt sie schwerlich in Betracht.

Geh. JR. Prof. Dr. Paul Oertmann, Göttingen.

Mängel im Zustellungsverfahren, die auch der Entwurf einer neuen Zivilprozeßordnung nicht beseitigt.

Besonderen Schwierigkeiten begegnet die Zustellung einer Klageschrift, Urteilsausfertigung oder einer Ladung sowie eines zur Ingangsetzung der Beschwerdefrist der formellen Zustellung bedürfenden Beschlusses an einen Schiffer, der zwar an einem Orte polizeilich gemeldet ist, dort aber keine feste Wohnung inne hat. Eine große Anzahl von Binnenschiffern meldet sich nämlich in einer Gemeinde, gewöhnlich dem Heimathafen ihres Kahnes, lediglich zwecks Veranlagung zur Steuer, polizeilich an, bezieht aber an dem betreffenden Orte keine Wohnung, sondern bleibt auch beim Stillegen der Schiffahrt auf ihrem Kahne wohnen. Solange die Schiffahrt ruht und der Schiffer mit seinem Kahne an einem Orte längere Zeit festliegt, verursacht die formelle Zustellung keine Schwierigkeiten. Unter „Wohnung" i. S. der §§ 180, 181 ZPO. bzw. §§ 151, 153 des Entwurfes ist gegenüber abweichenden Ansichten diejenige Räumlichkeit zu verstehen, die der Zustellungsempfänger zur Zeit der Zustellung tatsächlich, wenn auch nur vorübergehend, zum Wohnen, nicht nur zum Aufenthalt, benutzt (vgl. OLG. 29, 72 und 33, 149). Es fallen demnach auch Schiffe und Wohnwagen unter diese Begriffsbestimmungen (vgl. § 26 der Geschäftsanweisung für die Gerichtsvollzieher sowie Baumbach, Anm. 4 zu § 180 ZPO.). Wird also in dem gedachten Falle der Schiffer auf seinem Kahne nicht angetroffen, so kann die Ersatzzustellung nach Maßgabe der §§ 181, 182 ZPO. bzw. in Gemäßheit der §§ 153, 156 des Entwurfes mit Rechtswirksamkeit erfolgen, da die Wohnung als etwas Tatsächliches ohne Rücksicht auf den Wohnsitz überall dort vorhanden ist, wo ein Raum zum Wohnen benutzt wird. — Erhebliche Hindernisse stellen sich jedoch ein, wenn, wie es in normalen Zeiten doch die Regel ist, der Schiffer sich während des größten Teiles des Jahres unterwegs befindet und sich an einem Orte nur wenige Tage zwecks Ent- oder Beladung seines Kahnes aufhält. Eine formelle Zustellung wird hier, wenn man nicht gerade, was übrigens auch nicht immer zulässig und möglich ist, einen Eilgerichtsvollzieher annimmt, in den meisten Fällen nicht durchführbar sein. Eine Ersatzzustellung auf Grund der oben genannten Gesetzesbestimmungen kommt nicht in Frage, da diese voraussetzen, daß der Adressat in seiner Wohnung nicht angetroffen wird. In dem angenommenen Falle wird wegen des ständig wechselnden Aufenthalts aber weder der Schiffer noch der Kahn dem Zustellungsbeamten erreichbar sein.

Man könnte an die öffentliche Zustellung gem. § 203 ZPO., § 162 des Entwurfs denken. Abgesehen davon, daß die öffentliche Zustellung, namentlich mit Rücksicht auf die bei Zustellung von Ladungen notwendige Veröffentlichung im Deutschen Reichsanzeiger (§ 204 Abs. 2 ZPO., § 163 Abs. 2 des Entwurfs) nicht unerhebliche Kosten verursacht, dürfte auch die Voraussetzung hierfür, die Unbekanntheit des Aufenthalts, nicht vorliegen. „Unbekannt" ist der Aufenthalt einer Partei nämlich nur dann, wenn ihn die Allgemeinheit nicht kennt. Beim Schiffer wird aber der andere Teil meist genau wissen, daß er auf seinem Kahn auf einem bestimmten Gewässer zwischen gleichfalls bekannten Orten hin und her fährt. Von einem „unbekannten Aufenthalt" wird man daher m. E. unter diesen Umständen nicht gut sprechen können, wenngleich nach Baumbach, 6. Aufl., Anm. 2 zu § 203 ZPO., die Beibehaltung des Wohnsitzes oder der Wohnung bei unausführbarer Zustellung der öffentlichen Zustellung nicht entgegenstehen soll. Die hier vertretene Ansicht erscheint mir jedoch im vorliegenden Falle namentlich, wo der Aufenthalt des Schiffers an sich bekannt ist, etwas gewagt. Wäre die von Baumbach vertretene Auffassung richtig, so wären die Abs. 2 und 3 des § 203 ZPO. überflüssig. Ohne eine Gesetzesänderung wird man bei undurchführbarer Zustellung trotz Bekanntseins des Aufenthalts des Zustellungsempfängers die öffentliche Zustellung wohl nicht zulassen dürfen.

Auch die Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten gemäß § 174 ZPO. bzw. auf Grund des § 144 des Entwurfs führt nicht zum Ziele. Einmal versagt diese Gesetzesvorschrift schon dann, wenn lediglich eine Zustellung vorzunehmen ist, zum andern bedarf der die Anordnung enthaltende Beschluß ja selbst der formellen, nach Vorstehenden nicht durchführbaren Zustellung (§ 329 Abs. 3 ZPO. bzw. § 336 Abs. 2 des Entwurfs).

Der im Entwurf neu eingefügte § 154 Abs. 2 könnte als rettender Ausweg erscheinen, auch er erweist sich aber bei näherer Betrachtung in seiner gegenwärtigen Fassung als nicht beschreitbar. Nach dieser Bestimmung kann ein an einen Betriebsangehörigen zuzustellendes Schriftstück mit der Aufforderung zur Weitergabe an einen Beamten oder Angestellten der betreffenden örtlichen Betriebsleitung dann ausgehändigt werden, wenn die Zustellung an einem Ort zu geschehen hat, der für den Zustellungsbeamten nicht oder nur unter ungewöhnlichen Schwierigkeiten erreichbar ist. Diese Vorschrift versagt also überall da, wo der Zustellungsempfänger eine selbständige, d. h. keinem Betrieb angehörige, Person ist. Die Mehrzahl der Schiffer betreibt aber ihren Beruf mit einem eigenen Kahn, und schließt mit dem Verfrachter lediglich einen Fracht- nicht aber einen Dienstvertrag ab, tritt also zu ihm nicht in ein wirtschaftliches Abhängigkeitsverhältnis.

Wer die Zustellungsschwierigkeiten gegenüber der Schifferbevölkerung aus eigener Anschauung kennt, wird anerkennen, daß ein Weg gefunden werden muß, um auch an Schiffahrt treibende Personen Zustellungen auf einfache und billige Weise mit rechtlicher Wirkung zu bewerkstelligen. Dies ist auch schon im öffentlichen Interesse erforderlich, um die Schiffer an Einhaltung der Ordnungsvorschriften des BinnSchG. erinnern zu können. Gedacht ist hier in erster Linie an die Aufforderungen zur Einreichung der Anmeldung der Neueichung des Schiffes bzw. des Schiffsbriefes, um Binnenschiffsregister und Schiffsbrief mit der wirklichen Sach- und Rechtslage in Einklang zu bringen. Ordnungsstrafen können jetzt aber häufig mit rechtlicher Wirkung wegen Unausführbarkeit der Zustellung der betreffenden Verfügung nicht angedroht werden. In der Praxis hat man sich, wenn es sich nicht um formelle Zustellungen handelte bisher zuweilen damit geholfen, daß man das dem Schiffer auszuhändigende Schriftstück der Wasserpolizeibehörde übergab, mit der Bitte, es dem Schiffer zu übermitteln. Abgesehen davon, daß diese Möglichkeit bei formellen Zustellungen versagt, gibt die Wasserschutzpolizei — Schiffernachweisstelle — in jüngster Zeit die Schreiben meist mit dem Hinweis zurück, daß sich der Schiffer nicht gemeldet habe, bzw. daß er nicht zur Anmeldung gekommen sei.

Als Lösungen kommen folgende Möglichkeiten in Betracht:

a) man bestellt in Abänderung der §§ 166, 193, 212 ZPO. bzw. §§ 135, 168 des Entwurfs neben der Post, dem Gerichtsvollzieher und dem Gerichtswachtmeister auch die Wasserschutzpolizei zu Zustellungsbeamten. Dieser Weg hätte den großen Vorteil, daß das Schriftstück dem Schiffer alsbald tatsächlich zugeht, während in den Fällen der Ersatzzustellung, soweit eine solche überhaupt ausführbar ist, der Schiffer häufig erst spät von dem für ihn bei der Polizeibehörde niedergelegten Schriftstück Kenntnis zu nehmen vermag;

b) es wird dem § 154 des Entwurfs der nachstehende Abs. 3 bzw. der ZPO. ein neuer § 182a mit folgendem Inhalt angefügt:

„Ist eine Zustellung an eine Schiffahrt treibende Person zu bewirken, die an einem Orte innerhalb des Amtsgerichtsbezirks, in dem das ProzGer. seinen Sitz hat, zwar polizeilich gemeldet ist, dortselbst aber keine feste Wohnung hat, so kann die Zustellung in entsprechender Anwendung der §§ 156, 157 bzw. 181, 182 dieses Gesetzes erfolgen. Eine Benachrichtigung von der erfolgten Niederlegung kann unterbleiben, wenn eine Anschrift des Empfängers auch der Ortspolizeibehörde nicht bekannt ist."

c) Man fügt dem § 162 Abs. 1 des Entwurfs folgende Ziff. 3 hinzu: „wenn die Vorschriften über die Ersatzzustellung gegenüber einer Partei ohne feste Wohnung, namentlich einer solchen die Schiffahrt betreibt, undurchführbar sind", oder man gibt dem Abs. 3 des § 203 ZPO. den nachbezeichneten Zusatz: „oder die Vorschriften über die Ersatzzustellung gegenüber einer Schiffahrt treibenden Partei ohne feste Wohnung unanwendbar erscheinen."

AGR. Dr. Aschoff, Zehdenik (Mark).

Zur Pfändung von Teilgrundstückspfandrechten.

Die Ausführungen von Schmidt-Ernsthausen: JW. 1933, 668 ff. bedürfen wegen ihrer praktischen Bedeutung einiger Ergänzungen. Dabei empfiehlt es sich, die Erörterungen nicht nur auf nicht voll valutierte Grundstückspfandrechte zu beschränken, sondern sie auch auf die Rechte auszudehnen, die durch teilweise Befriedigung für den Eigentümer entstehen. Die Pfändung solcher Grundstückspfandrechte ist in ihrem praktischen Erfolg für den Gläubiger durch drei Gruppen von Gefahrenquellen bedroht, und zwar 1. durch die Kompliziertheit des Pfändungsaktes selbst, 2. durch ein etwaiges Entgegenwirken des Schuldners oder des Drittschuldners (dinglichen Gläubigers) und 3. durch Pfändungen von anderer Seite. Alle diese Punkte werden vorsichtshalber in den Kreis der Erwägungen zu ziehen sein.

1. Bezüglich des Pfändungsaktes sei noch folgendes erwähnt: Bei Briefrechten gestalten sich die Hilfspfändungen verschieden, je nachdem eine teilweise Nichtvalutierung oder eine Befriedigung vorliegt. Nur im letzten Falle bestimmen sich die zu pfändenden Rechte des Eigentümers nach § 1145 BGB. Im Falle der Nichtvalutierung findet diese Vorschr. jedoch keine Anwendung, da § 1145 sich ausdrücklich auf die „teilweise Befriedigung" bezieht (vgl. RGRKomm. § 1145, 1; Schmidt-Ernsthausen ist hier nicht ganz klar). Gleichwohl kann der Eigentümer im Falle der teilweisen Nichtvalutierung die Bildung eines Teilbriefes herbeiführen, und zwar gem. §§ 952, 749, 752, 1152, 896 BGB. (so RGRKomm. § 1145, 1; Planck das. 5a; RG. 59, 317; 69, 61 = JW. 1908, 308). Neben der Pfändung des Berichtigungsanspruches ist also die der genannten Rechte einschließlich des Miteigentums am Brief und des Anspruchs auf Aufhebung dieser Gemeinschaft erforderlich (vgl. Güthe: SeuffBl. 76, 611 ff.). Bei der nicht voll valutierten Grundschuld kommen diese Vorschr. nicht zur Anwendung (vgl. RGRKomm. § 1192, 1; Planck das. 6a; RG. 78, 60 = JW. 1912, 242; KGJ. 53, 219), da lediglich ein schuldrechtlicher Anspruch auf Rückgewähr besteht. Dagegen entsteht im Falle der Befriedigung durch den Eigentümer nach herrschender Meinung auch bei der Grundschuld gem. §§ 1142, 1143 BGB. eine Eigentümergrundschuld (so RGRKomm. § 1192, 1; Planck das. 4d; Staudinger das. II, 5b; Wolff § 156, I, 3d). Hier ist daher gleichfalls das dingliche Recht zu pfänden und für die Hilfspfändungen ist wie bei der Hypothek § 1145 BGB. maßgebend.

Da eine wirksame Pfändung immer erst dann vorliegt, wenn die Eintragung im Buch oder die Übergabe des Briefes erfolgt ist, so wird häufig, vor allem wenn der dingliche Gläubiger Schwierigkeiten macht, längere Zeit vergehen. Befindet sich nun das Grundstück in der Zwangsversteigerung, so ist darauf zu achten, ob die zu pfändenden Rechte evtl. gem. §§ 91, 52 ZwVerstG. erlöschen. Ist dies der Fall, so ist eine Pfändung des dinglichen Rechts nur bis zum Zuschlag möglich. Von da ab tritt der Versteigerungserlös an die Stelle des dinglichen Rechts und nur dieser unterliegt nunmehr (gem. § 829 ZPO.) der Pfändung (vgl. Staudinger § 1163, IV, 4; Stein-Jonas § 857, II, 6e). Konnte also die Pfändung des dinglichen Rechts bis zum Zuschlag nicht vollendet werden, so muß jetzt die Pfändung des Versteigerungserlöses erfolgen.

Ist der Anspruch des Gläubigers geringer als das zu pfändende dingliche Recht, so muß der Rang angegeben werden, da andernfalls der dem Schuldner verbleibende Rest den gleichen Rang haben würde (vgl. Ricks: JW. 1931, 569).

2. Verfügungen des Drittschuldners können dadurch verhindert werden, daß auf Grund der Pfändung des Berichtigungsanspruchs im Wege der EinstwVerf. gem. §§ 894, 899 BGB., §§ 14, 42, 43 GBO. ein Widerspruch in das Grundbuch zugunsten des Schuldners (!) eingetragen wird. Dazu ist die Glaubhaftmachung der Rechte des Schuldners erforderlich. Wichtig ist für Briefrechte, daß eine Vorlegung des Briefes, der sich meistens in Händen des Drittschuldners befindet, gem. § 42 Abs. 1 Satz 2 GBO. nicht notwendig ist. Diese Sicherungsmöglichkeit steht auch bei der nicht voll valutierten Grundschuld zur Verfügung (von Schmidt-Ernsthausen S. 670 nicht erwähnt). Denn der der Grundschuldbestellung zugrunde liegende Vertrag gilt als Rechtsverhältnis i. S. des § 1157 BGB. Die Einrede aus diesem Vertrage ist daher gem. § 894 BGB. berichtigungsfähig und kann durch Widerspruch gesichert werden (vgl. RGRKomm. § 1191, 1; Planck § 1192, 6c; Staudinger § 1157, 4; Soergel § 1157; KGJ. 53, 219; anders Güthe-Triebel § 43, 5). Das ist wichtig, weil die von Schmidt-Ernsthausen erwähnte Vormerkung der Vorlegung des Briefes bedarf (vgl. § 42 GBO.) und daher praktisch insofern bedeutungslos ist.

Dagegen gibt es m. E. besondere Sicherungsmittel gegen Verfügungen des Schuldners nicht. Allerdings hält das RG. 97, 223 das Verfügungsverbot im Pfändungsbeschluß für rückwirkend gültig, auch wenn die Pfändung des dinglichen Rechts noch nicht vollendet ist, aber später vollendet wird (dazu s. u.). Daneben ist aber ein besonderes Verfügungsverbot, das ins Grundbuch eingetragen werden könnte, auf Grund einer EinstwVerf. nicht zulässig (entgegen Schmidt-Ernsthausen S. 669). Für eine solche Sicherung der Zwangsvollstreckung fehlen alle Voraussetzungen der §§ 935 ff. ZPO. (Individualanspruch? Streitgegenstand?). Das RG. erwähnt in der obigen Entsch. dieses Verbot, läßt jedoch die Frage seiner Zulässigkeit ausdrücklich offen (vgl. Heymann: DJZ. 1909, 656). Ebensowenig kann die Pfändung durch eine Vormerkung gesichert werden (so Stein-Jonas § 830, V; Seuffert-Walsmann § 857, 5b; Planck § 883, 1a).

3. Sind mehrere Pfändungsgläubiger vorhanden, so würde nach allgemeinen Grundsätzen für den Rang entscheidend sein, welcher Gläubiger zuerst die Pfändung durch Eintragung oder Briefübergabe vollendet hat (vgl. Förster-Kann § 857, 5t; Stein-Jonas § 830, VIII; Seuffert-Walsmann § 830, 3; Planck § 879, 7d). Von allgemeiner Bedeutung (nicht nur für Höchstbetragshypotheken, vgl. Schmidt-Ernsthausen S. 669) ist hier jedoch die RGEntsch. 97, 223, nach der gem. § 161 BGB. eine Rückwirkung des Verfügungsverbots auf das Datum des Pfändungsbeschlusses eintreten soll. Da die Vorschr. über den guten Glauben (§ 161 Abs. 3 BGB.) bei Vollstreckungsakten keine Anwendung finden, ist also praktisch der Tag des Pfändungsbeschlusses für den Rang maßgebend. Gegen diese Auffassung des RG. wendet sich m. E. mit Recht RGRKomm. § 1190, 1, der eine Heranziehung des § 161 BGB. nicht für gerechtfertigt hält (ebenso OLG. Dresden: SeuffArch. 68 Nr. 184; vgl. über die Streitfrage ferner Staudinger § 1190, 7). — Weiter ergeben sich bei Briefrechten für den Nachpfändenden Schwierigkeiten wegen des Erfordernisses der Briefübergabe. Die Vorschr. über die Anschlußpfändung bei beweglichen Sachen gem. § 826 ZPO. finden keine Anwendung, da die Wegnahme des Briefes gem. § 883 ZPO. erfolgt (bestr., für analoge Anwendung des § 826 Baumbach § 830, 2C; Seuffert-Walsmann § 830, 5). Falls eine gütliche Einigung nicht möglich ist, bleibt also nur die Pfändung der Ansprüche des Schuldners gegen den ersten Pfändungsgläubiger gem. § 829 ZPO. (so Stein-Jonas § 830, VIII; Planck § 1154, 9a).

Für den oben erwähnten Fall des schwebenden Zwangsversteigerungsverfahrens würden die Pfändungsgläubiger, die das dingliche Recht nicht wirksam pfänden konnten, sofort nach dem Zuschlag den Versteigerungserlös zu pfänden haben. Ihr Rang bestimmt sich dann nach §§ 829, 804 ZPO. Eine Pfändung des Erlöses vor dem Zuschlag läßt das RG. 70, 278[1]) = JW. 1909, 167 nicht zu, allerdings mit unzureichender Begründung (im Anschluß daran ebenso Staudinger § 1163, IV 4; Stein-Jonas § 857, II, 6e; Seuffert-Walsmann § 857, 5b; Sydow-Busch § 851, 1). Das RG. geht davon aus, daß dann die Pfändung des dinglichen Rechts praktisch durch die des Versteigerungserlöses ersetzt werden und damit § 830 ZPO. umgangen würde. Das ist aber nicht der Fall, da jede Pfändung des dinglichen Rechts selbst einen Anspruch des Berechtigten auf den Erlös ausschließt, dessen Pfändung also illusorisch macht. Im übrigen ist der mit dem Zuschlag entstehende Anspruch auf den Versteigerungserlös durchaus selbständig. Die Zulässigkeit seiner Pfändung vor dem Zuschlag hängt von der Frage der Pfändbarkeit künftiger Ansprüche ab, die dann anerkannt ist, wenn ein genügend bestimmbarer Entstehungstatbestand vorliegt (vgl. z. B. RG. 135, 139 = JW. 1932, 1015; 136, 100 = JW. 1932, 1965; 82, 227 = JW. 1913, 884; KG.: JW. 1932, 3191; Förster-Kann § 829, 2). Ein solcher ist hier gegeben (so Mayer: Gruch. 56, 561 ff.; Buhe: DJZ. 1905, 1116; vgl. auch OLG. Jena: JW. 1927, 2643; Rostock: MecklbgZ. 48, 186). Es empfiehlt sich daher, bei schwebendem Zwangsversteigerungsverfahren zur Wahrung des Ranges die Pfändung des schuldnerischen Anspruchs auf den Versteigerungserlös gleichzeitig mit der Pfändung des dinglichen Rechts zu erwirken. Solange die hier vertretene Ansicht allerdings nicht anerkannt ist, wird der vorsichtige Anwalt die Pfändung unmittelbar nach dem Zuschlag zu wiederholen haben.

Ref. Gährs, Berlin.

---

[1]) Ebenso neuerdings RG.: DNotV. 1932, 193. Leider geht das RG., das sich ganz den Gründen des RG. 70, 278 anschließt (in beiden Fällen der 5. Sen.), nicht auf die inzwischen laut gewordenen Bedenken ein.

Schrifttum.

Die Einsendung von Büchern begründet keinen Anspruch auf Besprechung. Eine Rücksendung kann in keinem Falle erfolgen.

Dr. jur. **Karl Schilling: Der Versailler Vertrag und die Abrüstung. Deutschlands militärische Gleichberechtigung.** (Völkerrechtsfragen Heft 38. Eine Sammlung von Vorträgen und Studien. Begründet von Heinrich Pohl und Max Wenzel. Herausgegeben von Max Wenzel.) Berlin und Bonn 1933. Ferd. Dümmlers Verlag. 94 S. Preis 4 *RM*.

Der Verfasser der heute besonders aktuellen Arbeit untersucht die Frage der deutschen Gleichberechtigung mit wissenschaftlicher Eindringlichkeit. Die Vorgeschichte des Friedensdiktates, die Versailler Vorgänge und der schließlich zustande gekommene Text werden mit großer Sorgfalt unter Heranziehung des gesamten zugänglichen Materials (u. a. auch der wichtigen Tagebücher des Amerikaners Miller) geprüft. Das Ergebnis der überzeugenden Untersuchungen läßt sich folgendermaßen zusammenfassen: „Weil der Versailler Vertrag ein Rechtsfriede sein will, hat er Deutschland keine einseitige Entwaffnung auferlegt, sondern Deutschland verpflichtet, mit der allgemeinen Abrüstung voranzugehen. Die alliierten und assoziierten Mächte sind verpflichtet, gleichfalls, und zwar im gleichen Maße wie Deutschland, abzurüsten. Tun sie das nicht, so kann sich Deutschland von seiner eigenen Verpflichtung lossagen." Die Beweisführung hält sich von allen Schlagworten fern und überzeugt durch das erdrückende Gewicht sachlicher Gründe. Die scharfsinnige Begründung der von Deutschland stets und zuletzt wieder in der großen Kundgebung des Reichskanzlers vertretenen These verdient nicht nur von den Juristen, sondern in allen politisch interessierten Kreisen gekannt und gewürdigt zu werden. (Vgl. dazu auch die Ausführungen von Görres: JW. 1933, 1162.)

GerAss. Dr. Karl Arndt, Berlin,
Referent am Institut für ausländ. und internat. Privatrecht.

Rechtsanwalt Dr. **Eduard Friedländer**, Gerichtsassessor **A. Hosiosky** und Amtsgerichtskalkulator **E. Pasche: Zwangsvollstreckungsrecht der Notgesetzgebung.** 2. Aufl. Berlin 1933. Carl Heymanns Verlag. 152 S.

Das Werk berücksichtigt die einschlägigen Bestimmungen der Notgesetzgebung nach dem Stande v. 31. März 1933. Es enthält eingehende Erläuterungen, die viel eigene Gedankenarbeit aufweisen und bei denen neben dem Schrifttum auch unveröffentlichte Entscheidungen herangezogen sind. Zu begrüßen ist insbes., daß sich diese Erläuterungen auch auf einen wesentlichen Teil der für die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung geltenden allgemeinen Vorschriften erstrecken, deren Verständnis zu dem der NotVO. unentbehrlich ist. Dies gilt z. B. für den oft wenig bekannten, aber praktisch sehr wichtigen Unterschied der Beteiligten und der Berechtigten, dessen Verkennung in dem Falle RG. 73, 298 den Versteigerungsrichter schadensersatzpflichtig gemacht hat. Weiter ist zu begrüßen die Erörterung der bekannten, leider immer noch nicht ausgetragenen Frage, ob vertragsmäßige Vorausbezahlungen von Miet- oder Pachtzinsen über den Rahmen der für die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung geltenden Beschränkungen (vgl. insbes. §§ 1123, 1124 BGB., §§ 57, 57b ZwVerstG.) hinaus wirksam sind. Von besonderem Werte sind namentlich die angehängten „Richtlinien für den Zwangsverwalter", die auch steuerrechtliche Vorschriften umfassen.

KGR. Armstroff, Berlin.

Der Große Brockhaus, Handbuch des Wissens in zwanzig Bänden. Fünfzehnte, völlig neubearbeitete Auflage von Brockhaus' Konversations-Lexikon. Leipzig. F. A. Brockhaus. Preis pro Band Leinen 23,40 *RM*.

Auf den reichen allgemeinen Inhalt der uns bis jetzt vorliegenden 13 Bände ist in anderen Zeitschriften genügend hingewiesen. Dem praktischen Juristen, der dem ihm entgegengebrachten Tatsachenmaterial souverän gegenüberstehen will, bietet der Große Brockhaus eine wohl nie versagende Auskunftsmöglichkeit. Wie überraschend umfassend diese Belehrungsmöglichkeit ist, kann man an den juristischen Artikeln ermessen, die hier allein Erwähnung finden können. Oft wird der Jurist um Auskunft über den Aufbau irgendeines Teiles unseres Rechts gefragt, und es ist ihm schwer, dem Laien einen verständlichen Überblick über etwas zu geben, was dem Juristen seit dem ersten Semester geläufig ist. Hier sind die Artikel des Großen Brockhaus musterhaftes Vorbild für die Darstellung schwieriger Fragen in einer dem Gebildeten verständlichen Form. Sie sind aber mehr, und es wäre eine Überhebung, etwa behaupten zu wollen, daß ihr Inhalt dem Juristen nichts zu bieten hätte. Die Darstellungen entlegener Materien des Rechts mit ihren sorgfältigen Bibliographien werden dem auf jenen Gebieten nicht ständig Tätigen oft wertvolle erste Hilfe leisten.

Besonders wichtig und wertvoll erscheint aber die außerordentliche Bereicherung des auslandsrechtlichen Teiles. Zunächst werden bei der Behandlung der einzelnen juristischen Stichworte fast stets kurze, aber alles Wichtige korrekt wiedergebende Hinweise auf das österreichische und schweizerische Recht gegeben. Ferner sind die kurzen Gesamtübersichten über je ein Auslandsrecht zu erwähnen. Jeder Länderartikel enthält außer einer vortrefflichen Behandlung der staatsrechtlichen Verhältnisse (Nr. 9 und 11) auch einen Überblick über das Privatrecht. Er ist stets unter der gleichen Nummer (14) der Landesberichte wiedergegeben, so daß die Orientierung leicht ist. Sein Inhalt reicht meist für die erste Unterrichtung aus; oft, leider nicht immer (z. B. bei Österreich) findet sich hier schon die Angabe von Schrifttum zu weiterem Studium. Zu einer Aufzählung der zahlreichen auslandsrechtlichen Einzelartikel, die intime Fachkenntnis der Verf. verraten, fehlt hier der Raum. Bei der Anzeige der folgenden Bände sollen aber davon Beispiele angeführt werden.

GerAss. Dr. Arndt, Berlin.

Ferner sind folgende Bücher eingegangen:

Dr. **Hans G. Philipp: Die politischen und rechtlichen Voraussetzungen einer Wahlrechtsreform in Deutschland.** Berlin 1933. Carl Heymanns Verlag. Preis 4 *RM*.

Dr. **F. F. Leistner: Grenzen der Verfassungsgesetzgebung.** Nürnberg 1932. Hilz-Druck. Preis geb. 1,50 *RM*.

Dr. jur. **Werner Vogel: Vertrag und Vereinbarung.** (Kölner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 1.) 1932. Verlag Ludwig Röhrscheid, Köln, u. Georg Stilke, Berlin. Preis 3 *RM*.

Das Reichsgesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. Textausgabe mit Anmerkungen und Sachregister. Von **Ludwig Parisius** u. Dr. **Hans Crüger** (später Dr. Hans Crüger u. Dr. Adolf Crecelius). 21., neu bearb. u. erweit. Aufl. von OVGR. **Fritz Citron.** (Guttentagsche Sammlung Deutscher Reichsgesetze Nr. 29.) Berlin u. Leipzig 1933. Verlag Walter de Gruyter & Co. Preis geb. 3,60 *RM*.

Vgl. Besprechung der 20. Auflage JW. 1930, 2652.

Emil Braud, Beeidigter Bücherrevisor, Berlin: **Die Aktienrechtsreform in der Praxis.** Zweite erweiterte Auflage. Berlin 1933. Carl Heymanns Verlag. Preis 6 *RM*, geb. 7 *RM*.

Dr. **F. L. Mezger: Revisionsprogramme.** Richtlinien für die Prüfung von Bilanzen und Betrieben. Berlin 1933. Industrieverlag Spaeth & Linde. 128 S. Preis geh. 3,30 *RM*, in Leinen geb. 4,50 *RM*.

Dr. **Edgar Bodenheimer: Das Gleichheitsprinzip im Aktienrecht.** (Wirtschaftsrechtliche Abhandlungen. Herausgegeben von RA. Prof. Dr. Karl Geiler, Mannheim-Heidelberg. 12. Heft.) Mannheim 1933. Verlag J. Bensheimer. Preis 3,60 *RM*.

Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz nach dem Stande vom 15. Okt. 1932. Eingeleitet von Dr. **Max Pagenstecher**, ord. Professor und Direktor des Seminars für Zivilprozeß- und Konkursrecht an der Hamburgischen Universität. 2., verb. Aufl. Berlin 1933. Carl Heymanns Verlag. XXXV u. 353 S. Preis 3 *RM.*

Vgl. Besprechung: JW. 1929, 2583.

Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetze. Herausgegeben von Dr. **Rudolf Lehmann**, MinR. im Reichsjustizministerium. Textausgabe mit Verweisungen und mit Einarbeitung der Notverordnungen strafprozessualen Inhalts. (Vahlens Textausgaben 3.) Berlin 1933. Verlag Franz Vahlen. Preis 2,75 *RM.*

Rechtsprechung.

Nachdruck der Entscheidungen nur mit genauer Angabe der Quelle gestattet; Nachdruck der Anmerkungen verboten! D. S.

A. Ordentliche Gerichte.

Reichsgericht.

a) Zivilsachen.

Berichtet von den Rechtsanwälten beim Reichsgericht Justizrat Dr. Kaiser, Justizrat Dr. Kurlbaum, Justizrat Dr. Schrömbgens und Huber.

[** Abdruck in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts. — † Anmerkung.]

I. Recht der Notverordnungen.

1. Kap. 3 § 1 VO. über landw. Vermittlungsverfahren v. 27. Sept. 1932 ist anwendbar, einerlei, ob der Vertrag eine Zahlung unmittelbar an den Verpächter oder an einen andern erfordert.

Der Verpächter hatte die Pflicht übernommen, den Pachtgegenstand unter Versicherungsschutz zu halten, und zwar so, daß der Versicherungsvertrag von ihm selbst abzuschließen war. BG. hielt § 1 nicht für anwendbar, weil hier kein Zahlungsanspruch des Verpächters gegen den Pächter bestehe. RG. mißbilligte das.

Die Frage, ob trotz der festgestellten rechtzeitigen Anrufung des PEA. das ordentliche Gericht über einen Kündigungsgrund entscheiden darf, hängt davon ab, ob der Kündigungsgrund sich als Verzug mit Pachtzins darstellt, deshalb der Entsch. durch das Gericht entzogen ist, oder ob das nicht der Fall ist. Der Begriff des Pachtzinses in diesem Zusammenhange muß aus der VO. selbst gefunden werden. Die VO. soll den Pächter vor solchen Kündigungen schützen, die nur darauf beruhen, daß der Pächter infolge der wirtschaftlichen Gesamtentwicklung und ihrer Einwirkung auf die Landwirtschaft die für eine ordnungsmäßige Vertragserfüllung erforderlichen Geldmittel nicht gehabt hat. Dieser Zweck kommt in § 1 durch die Anweisung an das PEA., wann es dem Antrage des Pächters entsprechen darf, klar zum Ausdruck. Aus diesem in der VO. selbst angegebenen Zwecke muß geschlossen werden, daß Pachtzins i. S. dieser Regelung auch jede geldwerte Vertragsleistung des Pächters gegenüber dem Verpächter ist, die sich nach der Verkehrsauffassung wirtschaftlich als Teil oder Ergänzung des Pachtentgelts darstellt. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob der Vertrag eine Zahlung unmittelbar an den Verpächter oder an einen anderen Gläubiger oder eine andere Stelle erfordert. Auch solche Leistungen, die nicht an den Verpächter selbst in Geld zu bewirken sind, können in ihrer Ausführbarkeit für den Pächter ebenso wie andere Zahlungsverpflichtungen durch die wirtschaftliche Gesamtentwicklung berührt sein. Da aber der Pächter durch die VO. gegen die Folgen dieser für die Landwirtschaft ungünstigen Gesamtentwicklung nach Maßgabe des § 1 geschützt sein soll, so muß der Begriff des Pachtzinses in dem angegebenen weiten Sinne aufgefaßt werden.

(U. v. 6. April 1933; VIII 34/33. — Stettin.) [H.]

II. Bürgerliches Gesetzbuch.

2. §§ 134, 2197, 2278, 2280, 2289 BGB. Unwirksamkeit eines Auftrages, wenn durch ihn letztwillige Verfügungen umgangen oder die Beschränkung der Rechte des Vertragserben herbeigeführt werden soll.†)

(U. v. 28. Nov. 1932; IV 263/32. — Nürnberg.) [Ka.]

Abgedr. JW. 1933, 169[16].

<= RG. 139, 42.>

Zu 2. Die Begründung des Urt. gibt sowohl prozeßrechtlich wie materiellrechtlich zu Bedenken Anlaß.

I. Prozeßrechtlich einwandfrei ist die Bejahung der Zulässigkeit der Vollstreckungsgegenklage aus § 767 ZPO. Denn diese ist nach §§ 795, 794 Ziff. 2 ZPO. auch gegen vollstreckbare Kostenfestsetzungsbeschlüsse gegeben und hier schlüssig, da der Kl. geltend macht, daß die Bekl. als Erbin ihrer Mutter ihm aus materiellrechtlichen Gründen, die er im Kostenfestsetzungsverfahren nicht vorbringen konnte (s. Stein-Jonas, II 5 zu § 104 ZPO.), zur Erstattung derselben Kosten verpflichtet sei, die er ihr aus den beiden Kostenfestsetzungsbeschlüssen schulde, d. h. aber zum Erlaß dieser Schuld. Diesen Gegenanspruch stützt der Kl. auf den Auftrag, den die Erblasserin ihm, als dem von ihr testamentarisch ernannten Testamentsvollstrecker (TV.), dahin erteilt habe, er solle die zum Nachlaß gehörigen Aktien erst herausgeben, wenn rechtskräftig festgestellt sei, daß seine Ernennung zum TV. unwirksam und er daher zur Herausgabe verpflichtet sei. Hierbei habe die Erblasserin noch besonders die Verpflichtung übernommen, ihm alle Kosten aus der Ausführung des Auftrags, insbes. die eines Rechtsstreits wegen Herausgabe der Aktien, zu ersetzen.

Für diese Begründung des Gegenanspruchs kommt es in der Tat allein auf die Wirksamkeit des Auftrags, freilich nicht nur bis zur Erhebung der Klage auf Herausgabe der Aktien, wie das RG. meint, sondern bis zur Beendigung des Prozesses an. Denn nur wenn der Auftrag so lange bindend für die Bekl. als Erbin bestand, trotz §§ 672 und 671, konnte der Kl. seinen Kostenerstattungsanspruch auf die Best. des § 670 stützen — neben der das besondere Versprechen der Erblasserin, wie das RG. zutreffend bemerkt, nicht rechtserheblich ist, da der Auftrag dem Kl. ja gerade die Führung des Prozesses aufgab. Aber diese Frage der Wirksamkeit des Auftrages brauchte und durfte m. E. in dem vorl. Rechtsstreite überhaupt nicht mehr geprüft werden, wie das RG. es getan hat. Denn in dem zwischen denselben Parteien geführten Vorprozeß auf Herausgabe der Aktien ist der Kl. hierzu mit der ausdrücklichen Begründung verurteilt worden, daß seine Bestellung zum TV. nach § 2289 Abs. 1 Ziff. 2 als unzulässige Beeinträchtigung der Rechte der Bekl. als Vertragserbin unwirksam sei. Damit aber war das Nichtbestehen der von ihm behaupteten Rechtsstellung als TV. zwischen den Prozeßparteien rechtskräftig festgestellt. Dies gilt m. E. selbst dann, wenn — was leider aus dem Tatbestande der RGEntsch. nicht hervorgeht — die Klage im Vorprozeß nur auf Herausgabe der Aktien, nicht auch auf Feststellung der Ungültigkeit der testamentarischen Einsetzung der TV. gerichtet war. Denn ein TV. kann nur dann auf Herausgabe der seiner Verwaltung unterliegenden Gegenstände verurteilt werden, wenn er kein Recht zum Besitze hat, d. h. aber wenn die Testamentsvollstreckung nicht wirksam ist. Diese Frage betrifft also den Rechtsgrund des Anspruchs und bildet nicht etwa nur einen Bestandteil der Urteilsbegründung. Stand aber die Unwirksamkeit der Bestellung des Kl. zum TV. zwischen den Parteien rechtskräftig fest, so brauchte auch die Wirksamkeit des von der Erblasserin dem Kl. erteilten Auftrags nicht mehr geprüft zu werden. Denn dieser Auftrag ging ja gerade darauf, daß der Kl. seine ihm aus der Testamentsvollstreckung gem. § 2205 obliegenden Pflichten zur Verwaltung der Aktien unbedingt erfüllen solle. Bestanden diese Pflichten aber wegen gesetzlicher Unzulässigkeit der Einsetzung eines TV., also nach § 134 gar nicht, so war auch ein Vertrag, der den TV. noch einmal besonders zu ihrer

**3. §§ 138, 2281, 2079 BGB. Die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäftes und einer darauf aufgebauten Anfechtung eines Erbvertrages ist zu verneinen, wenn neben unlauteren auch einwandfreie Beweggründe bestimmend waren.†)

(U. v. 1. Dez. 1932; IV 235/32. — Zweibrücken.) [Ka.]

Abgedr.: JW. 1933, 173[20].

(= RG. 138, 373.)

Erfüllung verpflichtete, zwar nicht nach § 306 — denn man kann sich zur Erfüllung einer schon bestehenden Pflicht noch einmal vertraglich verpflichten —, wohl aber nach § 134 nichtig. Damit war aber dem auf die Gültigkeit des Auftrags gestützten Klaganspruche ohne weiteres der Boden entzogen.

II. Stellt man sich aber auf den m. E. engherzigen Standpunkt, daß nur das Nichtbestehen der Herausgabepflicht, nicht auch das der Testamentsvollstreckung in dem Vorprozeß rechtskräftig festgestellt war, so mußte allerdings die Wirksamkeit des Auftrags, da die Klage auf ihn gestützt ist, erneut selbständig geprüft werden. Aber dazu bedurfte es keiner Erörterung der Frage, ob die Erteilung des Auftrags eine Umgehung der für Verfügungen von Todes wegen gegebenen Best. enthalte und aus diesem Grunde nichtig sei. Vielmehr genügte es festzustellen, ob die Einsetzung der Testamentsvollstreckung wirksam oder unwirksam war. Denn da der Auftrag auf nichts anderes gerichtet war als auf die Erfüllung der dem TV. schon gesetzlich obliegenden Pflichten, so war mit der Feststellung der Ungültigkeit jener testamentarischen Anordnung auch die Gültigkeit des Auftrags verneint. Es ist nun zwar nicht unbestritten, ob die Einsetzung eines TV. unter die nach § 2289 unzulässigen Beschränkungen des Vertragserben fällt. Insbes. hat sich Harrach: LZ. 1926, 214ff. in eingehender Begründung bemüht, das Gegenteil darzutun. Er hat aber im Schrifttum und in der Rspr. keine Zustimmung gefunden (s. Planck, Bem. 3 zu § 2289; Staudinger, Bem. 3d zu § 2289; RGRKomm., Bem. 1 zu § 2289; Kipp, Erbrecht S. 127 N. 8; KG.: RJA-EntschFG. 12, 18 und 16, 253) — freilich überall ohne nähere Begründung. Aber die Gründe Harrachs sind auch sachlich nicht überzeugend. Die Entziehung des Besitzes, der Verwaltung und der Verfügungsbefugnis über den Nachlaß oder Nachlaßteile, die mit der Einsetzung eines TV. zu Lasten des Erben verknüpft ist, ist eine sehr starke „Beeinträchtigung", nicht nur eine „Beschränkung" der Rechte des Erben und daher sicherlich nach § 2289 unzulässig. Damit ist aber auch der Auftrag, der — im Hinblick auf die von der Erblasserin offenbar erwartete „Anfechtung" ihrer testamentarischen Best. — dem Kl. noch einmal strikte Erfüllung seiner Verwaltungspflichten bis zur gerichtlichen Feststellung der Ungültigkeit der Testamente aufgab, nach § 134 nichtig.

III. Aber damit ist die Prüfung der materiellen Rechtslage nicht erschöpft. Der Kl. hat zwar seinen Anspruch auf den gültigen Auftrag gestützt, aber das Gericht hat nicht nur den geltend gemachten Klaggrund, sondern allgemein zu prüfen, ob aus irgendeinem Rechtsgrunde der Klaganspruch berechtigt ist. Und da ergeben sich zwei weitere Möglichkeiten.

1. Einmal ist zu fragen, ob nicht auch bei Unwirksamkeit der Testamentsvollstreckung der vom Erben in einem äußerlich fehlerfreien Testamente ernannte TV. Erstattung der von ihm pflichtgemäß für erforderlich gehaltenen Aufwendungen aus dem Nachlasse verlangen kann. Das ist m. E. unter einer Voraussetzung zu bejahen: nämlich dann, wenn der TV. als negotiorum gestor des Erben betrachtet werden kann. Das ist aber grundsätzlich möglich. Genau so wie bei Ungültigkeit eines rechtsgeschäftlichen Auftrags der Beauftragte echter Geschäftsführer ohne Auftrag ist, wenn er sich irrtümlich für rechtswirksam beauftragt halten und daher annehmen durfte, daß die Übernahme der Geschäftsführung dem Willen des Auftraggebers entspreche (§ 678), ebenso muß auch der TV., dessen Rechtsstellung zum Erben bei Gültigkeit seiner Einsetzung ja im wesentlichen nach dem Muster des Auftrags gestaltet ist (§ 2218), in den immerhin nicht seltenen Fällen, in denen sei es das ganze Testament, sei es seine Ernennung nichtig ist, als negotiorum gestor behandelt werden, sofern er nur ohne Fahrlässigkeit an die Gültigkeit des Testaments oder an die Wirksamkeit seiner Einsetzung glauben durfte. Die Möglichkeit eines solchen Geschäftsführungsverhältnisses nimmt auch OLG. Frankfurt: OLG. 32, 61 an, die einzige Entsch., die ich über diese Frage gefunden habe. Für die dann entstehende Frage, ob seine Verwaltungshandlungen dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entsprechen, wovon sein Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen, die er für erforderlich halten durfte, nach § 683 i. Verb. m. § 670 abhängt, ist aber beim TV. entsprechend seiner nur dem Willen des Erblassers unterworfenen (§ 2203), im übrigen aber überparteilichen, neutralen Amtsstellung nicht etwa der subjektive Wille des Erben entscheidend, sondern der des Erblassers und das objektive Interesse des Nachlasses. Es kommt daher im vorl. Falle darauf an, einmal ob der Kl. trotz der Zweifel, die offenbar die Erblasserin und er selbst hatten, und trotz des Widerspruchs der Erbin nicht fahrlässig handelte, wenn er die Gültigkeit seiner Einsetzung annahm, und ferner, was dann ohne weiteres zu bejahen wäre, ob die Prozeßführung über diese Frage dem Willen des Erblassers entsprach und im Interesse des Nachlasses lag. Ob die erste Frage zu bejahen oder — wie das OLG. Frankfurt in dem obigen Falle, in dem das Testament wegen Geschäftsunfähigkeit nichtig war, es tut — zu verneinen ist, hängt von der Gesamtlage des Falles ab. Man wird hier wohl im Hinblick darauf, daß die herrschende Meinung Unwirksamkeit der Testamentsvollstreckung nach § 2289 annimmt, und daß der zweite TV. sogar ein NA. war, zu dem Schlusse kommen müssen, daß der Kl. fahrlässig gehandelt hat und daher ein Anspruch aus § 683 entfällt. Aber ganz vorübergehen durfte man an der Frage nicht!

2. Es kommt schließlich noch ein zweiter rechtlicher Gesichtspunkt in Betracht: nämlich ob dem Kl. nicht aus §§ 307 i. Verb. mit 309 ein Anspruch auf Kostenerstattung zuzubilligen ist. Durch die Ausführung des nichtigen Auftrags der Erblasserin, auf dessen Gültigkeit er vertraute, ist ihm der Schaden der Prozeßkosten entstanden: also negatives Vertragsinteresse. Aber dieser Anspruch setzt nicht nur voraus, daß der Kl. ohne Fahrlässigkeit die Auftragserteilung für wirksam halten durfte, was wohl aus denselben Gründen zu verneinen ist — die Beweislast trifft freilich nach § 307 Abs. 1 Ziff. 2 die Bekl. —, sondern auch daß die Erblasserin (nicht die Erbin, s. dazu Boehmer, Der Übergang des Pflichtlebens des Erblassers auf den Erben: RGFestschrift III S. 287) die Unwirksamkeit hätte erkennen müssen, was der Kl. zu beweisen hätte. Diese Klagbegründung wäre daher für ihn noch ungünstiger als die aus § 683.

3. In jedem Falle ist aber eins zu bedenken. Der TV. hat offenbar im Vertrauen auf die Gültigkeit seiner Ernennung und des Auftrags der Erblasserin den Prozeß geführt. Soll er das Risiko dieser subjektiv pflichtmäßigen Handlung auch dann tragen, wenn man ihm keine Fahrlässigkeit vorwerfen könnte? Das RG. nimmt das offenbar an, da es diese Frage nicht prüft. Aber das würde manchen mit Recht bedenklich machen, das ohnehin oft undankbare Amt eines TV. zu übernehmen.

Prof. Dr. G. Boehmer, Halle a. d. S.

Zu 3. Das Urt. verneint mit Recht eine Unwirksamkeit sowohl der Adoption als auch der Anfechtung.

I. Unsittlichkeit einer Adoption nach § 138 Abs. 1 BGB. kann nicht leicht gedacht werden. Denn eine entgeltliche Adoption entbehrt überhaupt der Zulassung; der Inhalt der Adoption ist lediglich auf die rechtlichen Wirkungen des Eltern- und Kindesverhältnisses gerichtet. Da ferner Bedingungen bei der Adoption unzulässig sind, so kann eine Unsittlichkeit höchstens in den Voraussetzungen gefunden werden (Henle, Allg. Teil S. 118). Unsittliche Motive, mögen sie auch vom Gegner durchschaut oder gar ihm mitgeteilt sein, genügen nicht. Vollends nicht, wenn sie nicht die alleinigen Motive sind. Gesetzt, die Gültigkeit des Erbvertrags sei von den Adoptionsparteien irrig angenommen worden, so würde eine Ungültigkeit der Adoption wegen Irrtums zu verneinen sein. Dementsprechend war auch die Unsittlichkeit der Adoption zu verneinen.

II. Die Anfechtung ist unter zwei Gesichtspunkten zu prüfen.

A. Unsittlichkeit der Anfechtung eines Erbvertrags nach § 138 Abs. 1 durfte überhaupt zu verneinen sein. Bedingungen sind bei der amtsempfangsbedürftigen Erklärung unzulässig. Voraussetzungen kommen gegenüber dem Amt nicht in Frage.

B. Wenn das Urt. dennoch einen Verstoß gegen die guten Sitten erwägt, so müßte § 826 herangezogen werden. Zwar kann eine Rechtsausübung nur dann gegen § 826 verstoßen, wenn sie zunächst gegen § 226 verstößt (Henle a. a. O. S. 28); indessen ob die sog. Gestaltungsrechte unter § 226 fallen, steht dahin. Jedenfalls kann aber nach dem festgestellten Tatbestande weder gesagt werden, daß die Anfechtung nur den Zweck der Schädigung verfolgte, noch daß sie sonstwie gegen die guten Sitten verstieß. Es ist wärmstens zu begrüßen, daß das RG. die Freiheit der rechtsgeschäftlichen Bewegung gegen unbegründete Einschnürung in Schutz genommen hat.

Prof. Dr. Henle, Rostock.

**4. § 138 BGB. Die Nichtigkeit des Verzichtes auf die Fideikommißfolge wirkt, rechtskräftig gegenüber dem Fideikommißinhaber festgestellt, nicht von selbst auch gegenüber dem nächsten Anwärter (Preuß. Landrecht).

(U. v. 3. Okt. 1932; IV 153/32. — Berlin.) [Ka.]

Abgedr. JW. 1933, 688.

Zu 4. Der Entsch. ist beizutreten; ihre Begr. gilt jedoch nicht für Fideikommißprozesse schlechthin, sondern nur für Fideikommiß-Prätendentenprozesse, zu denen der entschiedene Fall gehört. Nur für letztere trifft der Satz zu, daß ein gegen den Fideikommißbesitzer er-

**5. § 185 Abs. 2 BGB. Wie die Erteilung der Genehmigung, so ist auch deren Verweigerung ein Rechtsgeschäft. Die Genehmigungsverweigerung des Berechtigten ist bindend und nicht widerruflich und hat die endgültige Vernichtung der Fremdverfügung über seinen Gegenstand zur Folge. Die Frage der Anwendbarkeit des § 185 BGB. auf Verfügungen bei Erben- und Gütergemeinschaften überhaupt bleibt unentschieden.

Die Rev. stellt, gestützt auf die Entsch. des erk. Sen. RG. 93, 292 und des 4. ZivSen.: JW. 1925, 604 den allgemeinen Rechtssatz auf, daß § 185 BGB. auf Verfügungen bei Erbengemeinschaften und Gütergemeinschaften keine Anwendung finde. Soweit der Abs. 1 des § 185 in Betracht kommt, wird diese Rechtsansicht schon in RG. 129, 284[1]) mißbilligt. Ob sie für den Abs. 2 sich halten läßt, kann dahingestellt bleiben. Die erwähnten Entsch. des 4. und 5. ZivSen. sind im Schrifttum mit beachtlichen Gründen bekämpft worden. Einer Nachprüfung der in ihnen vertretenen Auffassung über die Nichtanwendbarkeit des § 185 Abs. 2 bei Verfügungen innerhalb von Gesamthandgemeinschaften bedarf es indessen im vorl. Falle nicht. Denn entgegen dem BG. muß dem Bekl. entgegengehalten werden, daß die Berechtigte, nachdem sie Anfang 1928 die Genehmigung verweigert hatte, nicht mehr Ende 1928 die Verweigerung widerrufen und die Genehmigung erteilen konnte.

Die Frage, ob und wann der Berechtigte des § 185 Abs. 2 BGB. die zunächst abgegebene Erklärung, daß er die Genehmigung verweigere, widerrufen und nachträglich doch noch die Genehmigung erteilen könne, ist bisher vom RG. nicht grundsätzlich entschieden. Für den besonderen Fall des § 108 BGB. ist in einem älteren Erkenntnis des 4. ZivSen.: JW. 1906, 9 ausgesprochen, daß die Erklärung des gesetzlichen Vertreters, er verweigere die Genehmigung zu einem Verlöbnis des Minderjährigen, unwiderruflich sei und das Verlöbnis endgültig rechtsunwirksam mache. Die Meinungen im Schrifttum zu der grundsätzlichen Frage sind geteilt. Die einen (v. d. Pfordten, Das neue dtsch. ZivilR., Allg. Teil S. 161; v. Thur, Der Allg. Teil des dtsch. Bürgerl. Rechts Bd. II 1 S. 381 ff. IV 1) vertreten die Ansicht, daß die Verweigerung der Genehmigung zu einem schwebend unwirksamen Rechtsgeschäft stets eine unabänderliche Willenserklärung sei, die das bis dahin genehmigungsfähige Rechtsgeschäft endgültig vernichte und keinen Raum für eine nachträgliche Genehmigung lasse. Die anderen (Planck-Flad, 4. Aufl., § 185 Anm. 6, § 184 Anmerkung 3; Oertmann, 3. Aufl., § 182 Anm. 10; Staudinger, 9. Aufl., § 185 Anm. 4, § 184 Anm. 2) halten die Verweigerung der Genehmigung grundsätzlich für widerruflich und führen zur Begr. dieser Ansicht aus:

Die Verweigerung der Genehmigung aus § 185 Abs. 2 BGB. stelle an sich kein Rechtsgeschäft dar, sondern nur die Ablehnung des Gesuchs, ein Rechtsgeschäft vorzunehmen. Rechtsgeschäftlichen Charakter habe sie nicht, weil sie keine Rechtswirkungen hervorrufe, die nicht auch ohnedies vorhanden wären; sie hindere nur den Eintritt des zur Vollwirksamkeit erforderlichen geschäftlichen Tatbestandes. Darum sei dazu auch kein besonderer Geschäftswille erforderlich. Aus dem Mangel der Rechtsgeschäftsnatur folge die grundsätzliche Widerruflichkeit der Erklärung. Allerdings gebe es Ausnahmen von dieser Regel. Die Ausnahmen beruhten teils auf Gesetz, teils auf dem Vertragswillen der Parteien des genehmigungspflichtigen Geschäfts. Kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift habe z. B. die Genehmigungsverweigerung im § 415 Abs. 2 BGB. Rechtsgeschäftsnatur, weil hier das Gesetz selbst die Folge der Unwirksamkeit des genehmigungspflichtigen Geschäfts an die Verweigerungserklärung knüpfe. In einem solchen Falle sei die Erklärung unwiderruflich oder — richtiger gesagt — nach der Verweigerung eine Genehmigungserklärung nicht mehr möglich, weil das genehmigungspflichtige Geschäft, dessen Wirksamkeit zunächst in der Schwebe gewesen sei, vom Zeitpunkt der Verweigerung ab nicht mehr bestanden habe. Wo eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift fehle, müsse in jedem Einzelfall aus dem Zweck der Vorschr. und ihrem Zusammenhang mit anderen Vorschr. ihr Sinn ermittelt werden. So sei z. B. in den Fällen der §§ 108, 177, 1396, 1448 anzunehmen, daß das genehmigungspflichtige Geschäft durch die einmal erklärte Verweigerung unwirksam werde. Das folge aus dem vom Gesetzgeber mittelbar durch die zweiten Absätze der gen. Vorschr. anerkannten berechtigten Interesse des einen Vertragsteils, schnell und endgültig Gewißheit darüber zu erlangen, ob er an den in der Schwebe befindlichen Vertrag noch ferner gebunden sei oder nicht. Diesem Interesse würde man nicht genügend Rechnung tragen, wenn man den Vertrag nach der Verweigerung noch nachträglich jederzeit genehmigen und dadurch wirksam werden ließe. Kraft des Vertragswillens der Parteien des genehmigungspflichtigen Geschäfts sei die Unwiderruflichkeit der Verweigerungserklärung des Dritten regelmäßig dann anzunehmen, wenn die Vertragsparteien die Genehmigungsbedürftigkeit ihres Geschäfts gekannt hätten, wenn sie darüber einig gewesen seien, daß die Genehmigung nachgesucht werden solle, oder wenn sie gar die Wirksamkeit ihres Geschäfts an die Bedingung der Genehmigung des Dritten geknüpft hätten. In solchen Fällen erhelle ihr Wille, nach der einmal erklärten Verweigerung der Genehmigung nicht mehr an das Geschäft gebunden zu sein. Außerhalb dieser gesetzlichen und vertraglichen Ausnahmefälle müsse aber an dem Grundsatz der Widerruflichkeit der Verweigerungserklärung als einer nicht rechtsgeschäftlichen, für das Schicksal des genehmigungspflichtigen Geschäfts bedeutungslosen, rein tatsächlichen Äußerung festgehalten werden. Insbes. müsse die Widerruflichkeit für § 185 Abs. 2 BGB. dann angenommen werden, wenn die Parteien des schwebend unwirksamen Geschäfts nicht gewußt hätten, daß der Verfügende nicht zur Verfügung berechtigt sei. Denn dann sei ihr Wille auf eine sofort und für immer wirksame Verfügung gerichtet gewesen. Die sofortige

---

gangenes Urt. nicht zugezogenen Anwärtern gegenüber unwirksam ist. Bei Prozessen über Fideikommißvermögen dagegen kann der Fideikommißbesitzer insoweit das Fideikommiß (die fideikommißberechtigte Familie) im Prozeß wirksam vertreten, als er über den Streitgegenstand verfügen kann. Nach heutigem Recht, insbes. nach § 6 ZwAuflVO., §§ 110 ff. ZwAuflG. ist er in weitem Umfange zur selbständigen Verfügung befugt; insoweit kann er auch selbständig über Fideikommißvermögen prozessieren; in allen übrigen Prozessen genügt nach §§ 117 ff. II 4 ALR. die Zuziehung der beiden nächsten Anwärter (nach dem § 48 FamGG. auch des nächsten Folgeberechtigten), um das Urt. für und gegen das Familiengut (sämtliche Anwärter) wirksam zu machen (näheres Seelmann-Eggebert, FamGG. § 48 S. 260 ff.).

Der entschiedene Prozeß war ein fideikommißrechtlicher Statusprozeß (vgl. über den Unterschied das von der Entsch. zitierte Urt. RGWarn. 1914 Nr. 135). Kl. hatte nach dem nicht mitabgedruckten Urteilstatbestand 1921 auf die Zugehörigkeit zur fideikommißberechtigten Familie verzichtet und gegenüber dem Fideikommißbesitzer die Feststellung erstritten, daß der obligatorische Abfindungsvertrag, auf Grund dessen er den Verzicht erklärt hatte, wegen Wuchers nichtig sei; er stützte seine nunmehr auch gegen den nächsten Anwärter erhobene Feststellungsklage auf die Behauptung, daß durch das Urt. im Vorprozesse auch diesem gegenüber rechtskräftig die Nichtigkeit des Verzichtes festgestellt sei. Das RG. hat diese Auffassung mit Recht zurückgewiesen. Würde infolge der Unwirksamkeit des Verzichts Kl. noch zur fideikommißberechtigten Familie gehören, insbes. noch Anwärter und beim Wegfall des jetzigen Fideikommißbesitzers folgeberechtigt sein, so würde dadurch das Anwärterrecht der anderen Anwärter, insbes. der Rang ihres Folgerechtes entsprechend verschlechtert. Dieses Anwärterrecht, das ein stiftungsmäßiges Sonderrecht (vgl. darüber Seelmann-Eggebert, FamGG. S. 72 Anm. 7, 74 Anm. 13) ist, kann aber selbst im Familienschlußverfahren nur mit Zustimmung des Berechtigten, und kann darum auch im Prozeß nur unter seiner Zuziehung beeinträchtigt werden. Um ein rechtskräftiges Urt. gegen alle Anwärter zu erwirken, müßte Kl. sämtliche lebenden Anwärter verklagen und für die künftigen Anwärter einen Pfleger bestellen lassen und diesen mitverklagen. In der Praxis wird der Fideikommißprätendent in der Regel zunächst bei der Auflösungsbehörde ein Folge- oder Anwartschaftszeugnis beantragen (vgl. Seelmann-Eggebert a. a. O. S. 234, 5), um auf diese Weise ein Provisorium zu schaffen, je nach dem Ausgang dieses Verfahrens werden der Prätendent oder seine Gegner — so viele ihrer nach menschlichem Ermessen noch zur Folge kommen können — den Streit durch Klage vor der Auflösungsbehörde oder im ordentlichen Rechtswege (§§ 210, 211 ZwAuflG.) endgültig austragen müssen.

RA. Dr. W. Seelmann-Eggebert, Berlin.

[1]) JW. 1930, 2924.

Wirksamkeit sei freilich wegen des Mangels im Recht des Verfügenden nicht eingetreten. Da aber die Verfügung doch noch durch die Genehmigung des Berechtigten habe wirksam werden können, so entspreche die über die Verweigerung des Dritten hinaus fortdauernde Bindung der Absicht der Parteien.

Wollte man dieser vom BG. gebilligten Ansicht folgen, so wären gegen die Widerruflichkeit der im Bll. ohne Rechtsirrtum festgestellten Genehmigungsverweigerung der Frau M. von Anfang 1928 keine Rechtsbedenken zu erheben. Die dargelegte Rechtsbegründung für die grundsätzliche Widerruflichkeit der Verweigerung einer Genehmigung nach § 185 Abs. 2 BGB. hält aber der Nachprüfung nicht stand.

Schon der Ausgangspunkt der nachzuprüfenden Rechtsanschauung, daß nämlich die Erklärung der Genehmigungsverweigerung grundsätzlich kein Rechtsgeschäft sei, kann nicht gebilligt werden. Daß die Erteilung der Genehmigung eine einseitige, empfangsbedürftige, rechtsgeschäftliche Willenserklärung ist, wird allgemein anerkannt. Daß ihr Gegenstück, die Verweigerung der Genehmigung, grundsätzlich anders bewertet werden müßte, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Im Gegenteil stellt der die „Rechtsgeschäfte" behandelnde 3. Abschn. des Allg. Teils des BGB., der von der Einwilligung und Genehmigung handelt, im einleitenden § 182 die Erklärung der Erteilung sowie der Verweigerung der Zustimmung als rechtlich gleichwertig nebeneinander. Die hier gegebene Vorschr. über den Adressaten der Verweigerungserklärung wäre kaum verständlich, wenn das Gesetz von dem Grundgedanken ausgegangen wäre, die Verweigerung der Zustimmung sei ein rechtlich unerheblicher, nicht rechtsgeschäftlicher Akt. Es widerstrebt auch der natürlichen Rechtsbetrachtung, das Ja des Dritten als rechtsgeschäftliche Willenserklärung, das Nein als einen rein tatsächlichen Vorgang ohne rechtsgeschäftliche Bedeutung zu behandeln. Die Erteilung und die Verweigerung der Genehmigung sind in gleicher Weise Privatwillenserklärungen, die auf einen Rechtserfolg gerichtet sind. Die erteilte Genehmigung will das bislang schwebend unwirksame Rechtsgeschäft heilen, die verweigerte Genehmigung will es vernichten. Es kann nun nicht geleugnet werden, daß der Übergang von der schwebenden zur endgültigen Unwirksamkeit nicht minder ein Rechtserfolg ist, wie der Übergang von der schwebenden zur endgültigen Wirksamkeit. Hiernach kann die Rechtsgeschäftsnatur der Erklärung, daß die Genehmigung verweigert werde, nicht in Abrede gestellt werden. Was nun die Frage anbetrifft, ob das Gesetz die Erklärung den erstrebten Erfolg der Vernichtung des schwebend unwirksamen Geschäfts erreichen läßt, so ist allerdings richtig, daß in den §§ 182—185 über den Rechtserfolg der Verweigerungserklärung nicht ausdrücklich gesprochen ist, während der Rechtserfolg der Erteilung der Genehmigung in den §§ 184, 185 Abs. 2 BGB. durch bes. Vorschr. geregelt wird. Aus jenem Schweigen und dieser Regelung darf aber kein Schluß dahin gezogen werden, daß der Gesetzgeber der Verweigerungserklärung den erstrebten Rechtserfolg versagen und nur der Erteilungserklärung den gewünschten Erfolg gewähren wollte. Vielmehr erklärt sich die Haltung des Gesetzes zwanglos daraus, daß Vorschr. über die Rechtswirkung der Genehmigungserteilung namentlich wegen der Rückwirkungsfrage erforderlich erschienen, während die Rechtswirkung der Genehmigungsverweigerung (endgültige Hinfälligkeit des schwebend unwirksamen Geschäfts) selbstverständlich war. Das Gesetz läßt grundsätzlich jeden erklärten Privatrechtswillen den gewollten Erfolg erreichen; Ausnahmen von dieser Regel werden besonders hervorgehoben (z. B. §§ 125, 134, 138 usw.). Es ist daher kein Grund ersichtlich, warum angesichts des Gesetzesschweigens gerade die Genehmigungsverweigerung des Berechtigten im § 185 Abs. 2 nicht den von ihm gewollten Erfolg der endgültigen Vernichtung der Fremdverfügung über seinen Gegenstand haben sollte. Natürlich ist dabei nur an eine solche Verweigerungserklärung gedacht, die ohne Vorbehalt für eine spätere Genehmigung abgegeben, die also nicht etwa nur als vorläufige, sondern als endgültige Willensentschließung des Erklärenden in die Erscheinung getreten ist. Die Verweigerung, die sich nach außen hin als abschließende, auf die endgültige Vernichtung des schwebend unwirksamen Verfügungsgeschäfts gerichtete Willenserklärung darstellt, ist ein Rechtsgeschäft, das mangels einer besonderen gesetzlichen Ausnahmebestimmung den gewollten Erfolg auch erreicht. Aus § 415 Abs. 2 BGB. kann nichts Gegenteiliges hergeleitet werden. Es handelt sich dort um eine Sondervorschrift für das Spezialgebiet der Schuldübernahme; das Gesetz fingiert darin die Nichtvornahme eines an sich geschlossenen Vertrags. Eine solche Vorschrift gestattet weder einen Vergleichsschluß noch einen Gegenteilsschluß für die Rechtsfrage, wie die Verweigerung der Genehmigung zu einer Fremdverfügung im Bereich des § 185 BGB. wirkt. Der § 415 Abs. 2 ermöglicht insbes. keinen Rückschluß für oder gegen die Rechtsgeschäftsnatur der Verweigerungserklärung und für oder gegen die Widerrufsmöglichkeit einer solchen Erklärung in den Fällen des § 185 BGB. Dasselbe gilt aber auch für die Sondervorschriften in den §§ 108, 177, 1396, 1448 BGB. Richtig ist, daß der Gesetzgeber im jeweils zweiten Absatz dieser Vorschr. die Lästigkeit schwebend unwirksamer Geschäfte anerkennt und daher dem unschuldig betroffenen Vertragsteil einen kurzen Weg zu endgültiger Klarstellung der Bindungsverhältnisse eröffnet. Die Fassung des Gesetzes („Verweigerung . . . wird unwirksam") spricht aber auch hier eher für als gegen die Ansicht, daß der Gesetzgeber grundsätzlich die Erklärung der Genehmigungsverweigerung für ein wirksames Rechtsgeschäft hält. Wenn nun im § 185 eine diesen Sonderbestimmungen entsprechende Vorschr. fehlt, so mag daraus zu folgern sein, daß der Gesetzgeber hier kein Bedürfnis für eine gesetzlich fingierte Genehmigungsverweigerung beim Schweigen des Berechtigten nach Aufforderung zur Genehmigung gesehen hat. Diese Erkenntnis berechtigt aber nicht zu der weiteren Folgerung, daß das Gesetz die wirklich erklärte Verweigerung nicht als ein bindendes Rechtsgeschäft mit dem gewollten Erfolge der Vernichtung der bisher schwebend unwirksamen Verfügung anerkennen, sondern als einen bedeutungslosen tatsächlichen Vorgang mit dem rechtlichen Erfolge der unveränderten Fortdauer des Schwebezustandes behandelt wissen wollte. Die Verweigerung der Genehmigung ist also auch im Bereich des § 185 Abs. 2 als eine einseitige, empfangsbedürftige, bindende, das genehmigungsfähige Geschäft endgültig vernichtende, rechtsgeschäftliche Willenserklärung anzusehen. Ihr Widerruf ist, wenn er nicht vorbehalten war, nicht zuzulassen. Wo das Gesetz einseitige Willenserklärungen über den Zeitpunkt des Zugangs hinaus (§ 130 Abs. 1) widerruflich sehen will, hebt es das als Ausnahme von der Regel der Unwiderruflichkeit auch solcher Erklärungen ausdrücklich hervor (vgl. z. B. §§ 81 Abs. 2, 168 S. 2 u. 3, 171 Abs. 2, 658, 790, 1405 Abs. 3, 2253 ff.). Daher hat es auch im Gebiet der §§ 182—185 die beschränkte Widerruflichkeit der Einwilligung besonders festgelegt (§ 183). Hätte es die Verweigerung der Zustimmung (§ 182 Abs. 1) für widerruflich erachtet, so wäre dieser Gesetzeswille sicherlich gleichfalls in einer ausdrücklichen Vorschr. niedergelegt worden. Das Schweigen des Gesetzes spricht also nicht für, sondern gegen die Widerruflichkeit der Genehmigungsverweigerung. Für die Unwiderruflichkeit spricht aber auch die schon in JW. 1906, 9 vom RG. betonte und bei v. Tuhr (a. a. O. N. 109) verwertete Rücksicht auf die Sicherheit des Rechtsverkehrs. Schwebend unwirksame Rechtsgeschäfte sind immer mißlich. Ganz besonders mißlich aber sind sie bei dinglichen Verfügungen im Grundstücksverkehr. Bei solchen Verfügungen liegt die Beseitigung des Schwebezustandes nicht nur im wohlverstandenen Interesse der Beteiligten des Einzelgeschäfts, sondern auch i. S. aller an der Sicherheit, Klarheit und Durchsichtigkeit der Grundbuchverhältnisse interessierten Kreise. Mit diesem Verkehrsbedürfnis wäre es unvereinbar, wenn man ohne gesetzlichen Zwang der auf Beseitigung des Schwebezustandes gerichteten Willenserklärung des Berechtigten, daß er die schwebende Grundstücksverfügung nicht gelten lasse, sondern seine Genehmigung dazu verweigere, die Wirkung der endgültigen Vernichtung der Verfügung versagen, die Erklärung als frei widerruflich, ja als ein rechtsgeschäftliches Nichts ansehen und den Schwebezustand ins Ungewisse hinein fortdauern lassen würde. Aus ähnlichen Rechtserwägungen ist der erk. Sen. schon früher dazu gelangt, im Grundstücksverkehr gewissen behördlichen Entsch. über die Erteilung oder Versagung einer Genehmigung zu schwebend unwirksamen Geschäften die Widerruflichkeit abzusprechen (RG. 103, 104[2]);

[2]) JW. 1922, 624.

JW. 1922, 491). Die vom BG. für seine gegenteilige Meinung ins Feld geführte Erwägung, daß der die Rückwirkung einer erteilten Genehmigung einschränkende § 184 Abs. 2 bei Tatbeständen des § 185 BGB. entsprechend anwendbar sei, reicht zur Ausschaltung der unerträglichen Folgen eines verewigten Schwebezustandes nach bereits verweigerter Genehmigung nicht aus.

(U. v. 14. Dez. 1932; V 275/32. — Kiel.) [Sch.]

<= RG. 139, 118.>

6. §§ 242, 989, 994 ff. BGB. Die Geltendmachung des dinglichen Anspruchs wird nicht durch eine erhebliche Umgestaltung des Grundstücks ausgeschlossen; anders vielleicht beim Bereicherungsanspruch. Die Nutzungsentschädigung ist nach mietähnlichen, nicht nach pachtähnlichen Grundsätzen zu bemessen, wenn der Besitzer nicht ein für seine Zwecke schon eingerichtetes Grundstück erhalten hat, er es vielmehr selbst einrichten mußte. Es bedeutet ein Verschulden, wenn der Besitzer es durch Nichtzahlung von Steuern dazu kommen läßt, daß die Steuerbehörde Zwangshypotheken eintragen läßt. Die Eintragung einer Auflassungsvormerkung begründet für den zu Unrecht Eingetragenen nicht die Verpflichtung, im Widerspruch mit ihr erfolgte Belastungen zur Löschung zu bringen.

Das BG. geht im Anschlusse an RG.: JW. 1928, 2613 davon aus, daß die Verträge nichtig sind, die dem Grundstückserwerb der Bekl. zu I zugrunde gelegen haben. Es erklärt aber auch den dinglichen Erwerb selbst für nichtig und hält sich darin im Einklang mit RG. 130, 248 (252[1]). Wegen der Nichtigkeit des Erwerbs der Bekl. zu I stellt das BG. fest, daß den Kl. das Eigentum verblieben ist, und gewährt ihnen den Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs (§ 894 BGB.) sowie auf Herausgabe des Grundbesitzes (§ 985 BGB.). Die dabei erforderliche Auseinandersetzung der Parteien wegen der Nutzungen, des Schadensersatzes und der Verwendungen, beurteilt es in Übereinstimmung mit der Rspr. des RG. (RG. 121, 336[2]); 133, 285[3]); 137, 210[4])) ausschließlich nach §§ 987 ff. BGB.; außerdem billigt es der Bekl. zu I wegen ihrer auf den nichtigen Kaufvertrag bewirkten Leistung ein Zurückbehaltungsrecht zu.

Die Anschlußrevision glaubt den Ansprüchen der Kl. auf Grundbuchberichtigung und Herausgabe der Grundstücke damit begegnen zu können, daß die Grundstücke durch Umwandlung der Spritfabrik in eine Schrauben- und Mutternfabrik „etwas ganz anderes" geworden seien und das Verlangen der Kl. eine überobligationsmäßige, mit § 242 BGB. nicht vereinbare Zumutung bedeute. Hierbei ist aber nicht berücksichtigt, daß die Kl. ihr Eigentum geltend machen und daß sich Grundsätze des Schuldrechts nicht ohne weiteres auf dingliche Ansprüche übertragen lassen. Wie es gegenüber dem Eigentumsanspruche zu halten ist, wenn der Besitzer eine fremde Sache umgestaltet hat, ohne das Eigentum an ihr zu erwerben, ist in den §§ 994 ff. BGB. grundsätzlich geregelt. Der erk. Sen. hat zwar in RG. 133, 293[5]) wegen Umwandlung eines Grundstücks durch Bebauung unter dem Gesichtspunkt der Unmöglichkeit der Herausgabe die Verurteilung zum Wertersatze gebilligt. Es handelte sich dort aber um einen Bereicherungsanspruch, also um ein schuldrechtliches Verhältnis (§ 818 BGB.); die am Schlusse jener Entsch. erörterte Möglichkeit, der Eigentumsklage wegen einer versehentlich nicht mitaufgelassenen, aber mitbebauten Parzelle die Einrede der Arglist entgegenzusetzen, beruhte auf der Eigenart jenes Falles. Ob völlige Umgestaltung der Sache den Eigentumsanspruch auch sonst hindern könnte, mag dahingestellt bleiben, denn die Umwandlung der Spritfabrik in eine Schrauben- und Mutternfabrik reicht keinesfalls aus, das Grundstück zu „etwas anderem" zu machen.

Eine Nutzungsentschädigung hat das BG. den Kl. nach § 987 BGB. erst von dem Eintritt der Rechtshängigkeit ab zugesprochen, für die vorangegangene Zeit nur gem. § 993 BGB. wegen der nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft nicht zu rechtfertigenden Verwendung einiger Bestand- oder Zubehörteile, weil die Bekl. beim Erwerbe des Besitzes an den Grundstücken in gutem Glauben gewesen ist und erst durch das Urt. RG.: JW. 1928, 2613 erfahren hat, daß sie zum Besitze nicht berechtigt sei. Die Rev. beanstandet, daß das BG. diese Entschädigung nicht nach pachtähnlichen, sondern nur nach mietähnlichen Grundsätzen bemessen hat. Das ist aber durch die Feststellung gerechtfertigt, daß die Bekl. das ihr übergebene Grundstück für ihre gewerblichen Zwecke erst hat herrichten müssen, indem sie die Spritfabrik mit erheblichen Mitteln in eine Schrauben- und Mutternfabrik umgewandelt hat. Die Bekl. hat also nicht ein für ihre Zwecke eingerichtetes Grundstück erhalten, sondern sie hat es selbst erst für diese Zwecke eingerichtet. Das BG. hat demgemäß seiner Bemessung den Zustand vor der Umgestaltung zugrunde gelegt.

Zum Schadensersatz (§ 989 BGB.) hat das BG. die Bekl. nur insoweit für verpflichtet erachtet, als es sie verurteilt hat, die für den Bekl. zu II nach der Rechtshängigkeit eingetragene Grundschuldvormerkung zu beseitigen. Die Kl. hatten außerdem Beseitigung der beiden zugunsten der D. Bank und der J. Hütte eingetragenen Höchstbetragshypotheken sowie der zugunsten der städtischen Steuerkasse eingetragenen Zwangshypotheken verlangt, sind mit diesem Verlangen aber vom BG. abgewiesen worden. Das BG. behandelt die Eintragungen im Einklang mit der Rspr. des RG. (RG. 121, 336[6])) als Verschlechterungen des Grundstücks und macht die Bekl. gem. § 989 BGB. dafür nur insoweit verantwortlich, als die Verschlechterungen nach der Rechtshängigkeit eingetreten und von der Bekl. verschuldet sind. Das nimmt es bei der zugunsten des Bekl. zu II bewilligten Vormerkung an, vermißt aber bei den Zwangshypotheken jegliche Darlegung eines Verschuldens der Bekl. Die Nachprüfung gibt in zweifacher Hinsicht Anlaß zur Beanstandung. Erstens hat das BG. irrtümlich angenommen, die Hyp. der J. Hütte sei schon vor der Rechtshängigkeit eingetragen worden. Das war unstreitig nicht der Fall. Die Hyp. der J. Hütte ist, während der Rechtsstreit schon schwebte, bewilligt und eingetragen worden. Da dieser Entscheidungsgrund des BG. dem unstreitigen Sachverhalt widerspricht, so muß darin ein Fehler in der Urteilsfindung gesehen werden, den das RevG. nach § 559 S. 2 ZPO. zu beachten hat (vgl. JW. 1913, 213). Die Hyp. der J. Hütte ist also eine freiwillige, nach der Rechtshängigkeit vorgenommene Belastung und nach § 989 BGB. von der Bekl. ebenso zu beseitigen wie die Grundschuldvormerkung des Bekl. zu II. Dasselbe muß aber auch bei den Zwangshypotheken angenommen werden. Das BG. vermißt hier die Darlegung eines Verschuldens der Bekl. Die Hyp. sind aber unstreitig wegen rückständiger Steuern eingetragen worden. Daraus ergibt sich beim Fehlen besonderer Umstände, die darzulegen Sache der Bekl. gewesen wäre, ein Verschulden der Bekl., einer besonderen Darlegung seitens der Kl. bedarf es nicht. RG.: JW. 1909, 456 ergibt nichts Gegenteiliges; dort ist nur die Darlegung einer groben Fahrlässigkeit vermißt worden. Die Rev. glaubt aber darüber hinaus, also auch in Hinsicht auf die vor der Rechtshängigkeit eingetragene erste Hyp. der D. Bank, eine Grundlage für das Verlangen der Kl. darin gefunden zu haben, daß zu ihren Gunsten schon vor allen jenen Eintragungen eine Vormerkung zur Sicherung des Rechts auf Rückauflassung auf Grund einer EinstwVers. eingetragen worden war. Das BG. hat diese Vormerkung in der Richtung gegen den Bekl. zu II berücksichtigt, indem es ihn auf Grund des § 888 BGB. verurteilt hat, in die Löschung der zu seinen Gunsten, aber erst später, eingetragenen Vormerkung zu willigen. Die Rev. glaubt jedoch, aus dieser Vormerkung auch eine von den §§ 989 ff. BGB. unabhängige Pflicht der Bekl. zu I herleiten zu können, wonach sie sämtliche Belastungen zu beseitigen habe.

Dem kann nicht beigetreten werden. Zuzugeben ist der Rev., daß gegen die Rechtsgültigkeit der Auflassungsvormerkung keine Bedenken bestehen. Allerdings wäre bei der Nich-

[1]) JW. 1931, 49. [2]) JW. 1928, 2447. [3]) JW. 1931, 3447.
[4]) JW. 1933, 697. [5]) JW. 1931, 3271.
[6]) JW. 1928, 2447.

tigkeit des dinglichen Erwerbsaktes die Eintragung eines Widerspruchs (§ 899 BGB.) der gegebene Rechtsbehelf gewesen. Die Eintragung der Vormerkung erklärt sich daraus, daß die Kl. jene Nichtigkeit damals nicht erkannt, sondern angenommen haben, sie seien wegen Nichtigkeit des schuldrechtlichen Grundgeschäfts auf einen Bereicherungsanspruch beschränkt. Aber der Bereicherungsanspruch besteht auch jetzt noch; die Kl. haben neben dem dinglichen Berichtigungsanspruche (§ 894 BGB.) auch einen schuldrechtlichen (§ 812 BGB.; vgl. Urt. des erk. Sen. v. 17. Sept. 1928, VI 14/28), und der Berichtigungsanspruch des wahren Eigentümers gegen den Bucheigentümer kann regelmäßig auch in der Form eines Anspruchs auf Auflassung geltend gemacht werden (RGR-Komm. § 894 Anm. 3). Es ist der Rev. weiter zuzugeben, daß die Vormerkung ihre in § 883 Abs. 2 BGB. bestimmte Wirkung gegenüber allen späteren Eintragungen äußern mußte; sie alle sind gegenüber den Kl. unwirksam, da sie deren Anspruch auf Rückauflassung beeinträchtigen. Daraus folgt nun aber nicht, daß auch die Bekl. zu I verpflichtet wäre, die den Kl. gegenüber unwirksamen Eintragungen zu beseitigen. Denn die Vormerkung sichert zwar einen Anspruch, aber sie kann einen solchen weder schaffen noch erweitern; darüber besteht, soweit ersichtlich, keine Meinungsverschiedenheit, auch nicht bei Staudinger-Kober (§ 883 Anm. V 1b; vgl. Rosenberg § 883 Anm. V 1). Die Bekl. war und blieb daher zwar zur Grundbuchberichtigung verpflichtet, auf Verlangen der Kl. auch zur Rückauflassung; ob sie aber Eintragungen zu beseitigen hat, richtet sich ausschließlich (RG. 137, 210[7])) nach den §§ 989 ff. BGB., und dafür sind die Voraussetzungen nur bei den anderen Belastungen, nicht bei der Hyp. der D. Bank dargelegt. Insbes. hat das BG. ohne Rechtsirrtum angenommen, daß die Eintragung der Auflassungsvormerkung nicht ausreichte, der Bekl. die Kenntnis ihres Rechtsmangels (§ 990 BGB.) zu verschaffen. Es besteht auch kein Bedürfnis für einen weitergehenden Schutz der Kl. Denn sie können, sobald sie als Eigentümer eingetragen sind, auf Grund des § 888 BGB. die Beseitigung der ihnen gegenüber unwirksamen Belastung selbst herbeiführen. Ihr Schaden erschöpft sich also in unwirksamen Eintragungen.

Die Rev. beschwert sich endlich über die Beurteilung, welche der Anspruch der Bekl. zu I auf Ersatz von Verwendungen erfahren hat. Das BG. hat die Verwendungen, welche die Bekl. zur Umgestaltung der Spritfabrik in eine Schrauben- und Mutternfabrik notwendigerweise gemacht hat, als notwendige Verwendungen (§ 994 BGB.) angesehen und sie für erstattungsfähig erachtet, da sie im wesentlichen vor Eintritt der Rechtshängigkeit gemacht worden sind und die späteren, unwesentlichen nur der Vollendung der bereits begonnenen Arbeiten gedient haben. Mit Unrecht wird das von der Rev. angegriffen. Das BG. versteht unter notwendigen Verwendungen ohne Rechtsirrtum diejenigen, die der Eigentümer selbst hätte machen müssen, wenn er den Besitz behalten hätte, die ihm also durch den Besitzer erspart worden sind, und es verkennt nicht, daß die Frage, auf welche Verwendungen das zutrifft, in der Regel nach der bisherigen Art der Bewirtschaftung beantwortet werden muß. Es stellt hier aber eine Reihe besonderer Umstände fest, aus denen es schließt, daß die Kl. den Betrieb der Spritfabrik aufgegeben haben, daß deren Umgestaltung in eine Schrauben- und Mutternfabrik durchaus in ihrem Sinne lag und daß sie den Betrieb der Fabrik so, wie er nach der Umgestaltung besteht, fortführen werden. Unter den damit festgestellten besonderen Umständen ist es rechtlich nicht zu beanstanden (vgl. JW. 1930, 2655), daß das BG. die Verwendungen als notwendige erachtet hat, weil die Kl. sie für den von ihnen nunmehr selbst in Aussicht genommenen Verwendungszweck des Grundstücks selbst hätten aufwenden müssen, sie also auf Kosten der Bekl. erspart haben.

(U. v. 6. Febr. 1933; VI 328/32. — Celle.) [H.]

<= RG. 139, 353.>

7. § 269 BGB. Miet- und Pachtzins muß nicht allgemein am Orte des Grundstücks geleistet werden.

M. R. verneint das BG., daß alle Verpflichtungen des Pächters, insbes. die Pflicht zur Pachtzinszahlung, stets an dem Orte des Pachtgrundstücks zu erfüllen seien. Es verkennt nicht, daß dieser Ort nach den Umständen der meisten Fälle mit dem Erfüllungsort übereinstimmen werde, betont aber m. R., daß es beim Fehlen einer Vertragsbestimmung immer auf die Umstände des einzelnen Falles ankomme. Das ist auch der Standpunkt von RG. 99, 257[1]). Allerdings lag dort das vermietete Grundstück an dem Wohnort der Mieter, so daß nicht die Frage zu entscheiden war, ob das Gericht am Orte des Mietgrundstücks oder das Gericht des Wohnsitzes als Gericht des Erfüllungsorts zuständig sei. Aber das RG. hat doch in jenem Falle ausgeführt, der Erfüllungsort für die Zahlungen der Mieter bestimme sich, da aus den Umständen, insbes. aus der Natur des Schuldverhältnisses etwas Abweichendes nicht zu entnehmen sei, nach § 269 Abs. 1 u. 2 BGB., so daß als Erfüllungsort der Wohnort der Bekl. zur Zeit des Vertragsschlusses zu gelten habe. Damit ist ausgesprochen worden, daß die Natur des Mietverhältnisses nicht die Annahme rechtfertige, der Mietzins müsse allgemein an dem Orte des Grundstücks geleistet werden. Diese Auffassung, daß nicht die Natur des Schuldverhältnisses schon die Frage entscheide, sondern daß es auf die Umstände des Falles ankomme, ist auch nicht etwa von der in Rspr. und Rechtslehre herrschenden Auffassung abgelehnt worden (nur für die Entsch. JW. 1919, 939[5]; OLG. Hamburg: OLGRspr. 10, 169 = SeuffArch. 61, 131; OLG-Rspr. 11, 306; OLG. 19, 52; 25, 52). Wenn in dem RGR-Komm. § 535 BGB. Anm. 3 und ähnlich in anderem Schrifttum unter Berufung auf JW. 1919, 939 gesagt wird, der Erfüllungsort bestimme sich zunächst nach dem erklärten oder unter Berücksichtigung der Umstände anzunehmenden Willen der Parteien, „insbes. bei Grundstücken nach dem Ort, wo dem Mieter der Gebrauch gewährt wird", so muß auf den ersten Teil dieses Satzes das größere Gewicht gelegt werden. Jedenfalls kann nicht anerkannt werden, daß bei Grundstücksmiete oder -pacht ein vom Wohnsitz des Mieters oder Pächters verschiedener Erfüllungsort allein dadurch begründet wird, daß das Grundstück nicht am Ort des Wohnsitzes des Mieters oder Pächters liegt.

(U. v. 27. Febr. 1933; VIII 514/32. — Berlin.) [H.]

**8. § 399 BGB. Abtretbarkeit von Ansprüchen auf Altenteilleistungen.

Der vorl. Fall erhält seine Besonderheit dadurch, daß das vom Sohne der Bekl. als Altenteil bestellte Recht ausschließlich eine Geldrente zum Gegenstande hat, eine Leistung also, von der sich nicht i. S. der §§ 399, 413 BGB. sagen läßt, daß sie an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen könnte. Der Ausschluß der Abtretbarkeit im ersten Falle des § 399 BGB. soll dem Interesse des Schuldners dienen, dessen Verpflichtung nicht gegen seinen Willen erschwert werden darf (Planck[4] § 399, Erl. 1, II[1] S. 557). Zugunsten des Gläubigers ist eine Unabtretbarkeit des Altenteils, die etwa aus seinem Zwecke der Unterhaltssicherung hergeleitet werden könnte, durch das Gesetz ebensowenig grundsätzlich vorgeschrieben, wie etwa seine Unverzichtbarkeit. Ob nicht aus diesen Gründen bei einem ausschließlich auf Geldzahlungen gerichteten Recht auch die Abtretbarkeit des Rechtes selbst anerkannt werden müßte, kann aber dahingestellt bleiben. Denn es begegnet keinen rechtlichen Bedenken, wenn der BerR. vorliegendenfalls nur einen schuldrechtlichen Vertrag auf Abtretung der jeweils fällig werdenden Renten-Einzelbeträge als geschlossen angesehen und diesem die Wirksamkeit nicht versagt hat.

Über die Abtretbarkeit des Anspruchs auf die Altenteilsleistungen in einem Falle, wo das Altenteil teils solche Leistungen umfaßt, auf die der erste Halbsatz des § 399 BGB. zutrifft, teils solche, die ohne Veränderung ihres Inhalts auch an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger erfolgen können, sind die Meinungen geteilt (vgl. Josef: Hess. Rspr. 1916, 275, 298). Im vorl. Fall ist die Bestellung des Altenteils jedenfalls nicht im unmittelbaren Zu-

[7]) JW. 1933, 697.

[1]) JW. 1920, 1031.

sammenhange mit der Überlassung eines Grundstücks erfolgt; die Vorschr., die auf solchen Fall für den schuldrechtlichen Vertrag gegeben sind (Art. 96 EGBGB., Art. 15 PrAGBGB.) würden also nicht unmittelbare Anwendung finden können, wie sie auch durchweg der Parteienverfügung unterliegen. Sie regeln aber auch die Frage der Abtretbarkeit von Altenteilsansprüchen mindestens nicht ausdrücklich. Wird nun schon für die Fälle gemischter Leistungen trotz der Einheitlichkeit des Altenteilsrechts die Abtretbarkeit der Ansprüche auf nicht höchstpersönliche Leistungen mit guten Gründen (s. Josef a. a. O. und den von ihm angezogenen Mot. 3, 592) vertreten, so unterliegt es um so weniger einem Bedenken, die Abtretbarkeit bei einem Altenteil anzuerkennen, das ausschließlich Geldleistungen zum Gegenstande hat. Ebensowenig besteht solchenfalls Anlaß, die Wirksamkeit des auf die Abtretung gerichteten schuldrechtlichen Vertrags (pactum de cedendo) zu beanstanden, selbst dann nicht, wenn er die Abtretung sämtlicher während der Dauer des Rechts künftig fällig werdender Einzelbeträge zum Gegenstande hat. Daß ein solcher Vertrag in seiner Wirkung einer Übertragung des Rechts selbst nahekommt, ist kein ausreichender Grund, seine rechtliche Verbindlichkeit in Frage zu stellen. Weist das hier streitige Altenteil wesentliche Abweichungen von dem regelmäßigen Inhalt des Rechts schon in den hervorgehobenen beiden Punkten auf, daß es nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit einer Grundstücksüberlassung begründet und daß es ausschließlich auf Geldzahlungen gerichtet war, so wird die Richtigkeit der rechtlichen Auffassung des BG. noch weiter durch den Umstand unterstützt, daß schon durch den ursprünglichen Vertrag der Parteien die Verpflichtung der Eheleute H. begründet war, ihr Altenteil, nachdem das Grundstück dem Kl. zugeschlagen sei, löschen zu lassen gegen Entschädigung aus dem Erlöse des beabsichtigten Verkaufs der belasteten Grundstücke.

(U. v. 25. Febr. 1933; V 417/32. — Naumburg.) [Sch.]

**9. Für den bloßen Bestellvertrag ist wesentlich, daß jemand die Herstellung eines Werkes nach einem Plane übernimmt, in welchem der Besteller ihm den Inhalt des Werkes sowie die Art und Weise der Behandlung genau vorschreibt. — Er kann sehr verschiedene Gestalt annehmen. Was zu solcher Genauigkeit gehört, muß jeweils nach der Art der Aufgabe näher bestimmt werden.

(U. v. 8. März 1933; I 215/32. — Dresden.) [Ka.]

10. §§ 823, 843 BGB.; § 157 VVG.; § 304 ZPO.

1. Die durch die einmal erfolgte Konkurseröffnung gemäß § 157 VVG. geschaffene Sonderstellung des Dritten bleibt auch nach der Aufhebung des Konkursverfahrens bestehen.

2. Für die Entscheidung der Frage der Erstreckung der Schadensersatzpflicht auf seelische Störungen, die im Anschluß an einen Unfall auftreten, sind die ärztlichen Erfahrungen eine unentbehrliche Hilfe, aber letztlich müssen doch Werturteile den Ausschlag geben, die der naturwissenschaftlichen Begriffswelt fremd sind. Wenn seelische Störungen erst lange Zeit nach dem Unfalle auftreten, der keine irgendwie erhebliche Störungen zur Folge gehabt hatte, sind erheblichen Anforderungen an die Führung des Beweises des ursächlichen Zusammenhangs zu stellen.

3. Wenn der Verletzte von Anfang an auf Grund des § 843 Abs. 3 BGB. Kapitalabfindung gefordert hat, muß die Entscheidung über die Berechtigung dieses Standpunktes schon im Grundurteil getroffen werden; treten dagegen erst nachträglich Umstände hervor, die den Kl. veranlassen, von der Forderung einer Rente zu der einer Kapitalabfindung überzugehen, so steht dem auch nach rechtskräftiger Entscheidung über den Grund des Anspruchs nichts im Wege.

Nach § 157 VVG. konnte der Kl., nachdem über das Vermögen des Bekl. der Konkurs eröffnet war, wegen seines Schadensersatzanspruches gegen jenen abgesonderte Befriedigung aus dessen Versicherungsforderung verlangen, und zwar war er nun befugt, diese Forderung, die infolge des Konkurses in einen Zahlungsanspruch umgewandelt war, zur Deckung seines Schadensersatzanspruches nach dessen rechtskräftiger Feststellung selber einzuziehen (vgl. RG. 93, 210). Durch den Zwangsvergleich hat sich an dieser Rechtslage nichts geändert; dessen Folge war vielmehr lediglich die Beschränkung der etwaigen Ausfallsforderung des Kl., mit der allein er an dem Konkurse beteiligt war, auf die 20% Vergleichsbruchteil (§ 193 Satz 2 KO.). Die so geschaffene Sonderstellung des Kl. blieb aber auch nach der Aufhebung des Konkursverfahrens jedenfalls insofern bestehen, als er auch jetzt noch die volle Befriedigung seines Schadensersatzanspruches vom Bekl. aus dessen Versicherungsforderung verlangen kann und sich nur bei dem durch diese nicht gedeckten Teile seines Anspruches mit bloßen 20% begnügen muß. Daß es ein Recht auf abgesonderte Befriedigung, wie es dem Unfallgeschädigten durch § 157 VVG. zugesprochen wird, begrifflich nur während eines Konkursverfahrens geben kann, steht einer solchen Rechtsgestaltung nicht entgegen. Durch den Konkurs und den Zwangsvergleich ist eine eigenartige, dem sachlichen Rechte angehörige Verknüpfung zwischen dem Schadensersatzanspruche und der Versicherungsforderung herbeigeführt worden, die ihrem Wesen nach durch die Aufhebung des Konkursverfahrens nicht wieder beseitigt werden konnte. Eine andere Regelung, die den Geschädigten nach Aufhebung des Konkursverfahrens infolge Zwangsvergleiches für seinen ganzen Anspruch auf den Vergleichsbruchteil beschränkt, würde für ihn eine durch nichts gerechtfertigte Benachteiligung zugunsten des früheren Gemeinschuldners oder des Versicherers bedeuten, die nicht der Sinn des Gesetzes sein kann.

Das BG. entnimmt den ärztlichen Gutachten, daß es sich bei den Dauerbeschwerden des Kl. um eine seelisch bedingte, hysterische Lähmung handele, ist aber, im Gegensatz zu der Ansicht des gerichtsärztlichen Ausschusses davon überzeugt, daß diese Störung ohne Zutun des Kl. infolge des seelischen Eindruckes, den der Unfall auf ihn gemacht habe, auf dem Wege über die Bewegungsempfindungen und -vorstellungen zustande gekommen sei, wennschon unter Beihilfe der bereits durch einen früheren Unfall bewirkten Schwächung seiner seelischen Widerstandskraft, und erachtet sie deshalb für durch den gegenwärtigen Unfall verursacht.

Mit dem BG. ist allerdings an den Grundsätzen festzuhalten, die das RG. über die Erstreckung der Schadensersatzpflicht auf seelische Störungen, die im Anschluß an einen Unfall auftreten, in zahlreichen Entsch. entwickelt und insbes. auch gegenüber den von ärztlicher Seite dagegen erhobenen Angriffen unbeirrt aufrechterhalten hat. Die Rev. verkennt insoweit, daß es sich hierbei nicht um eine Tatfrage handelt, die nach bloßen naturwissenschaftlichen Gesichtspunkten beantwortet werden kann, sondern um eine Rechtsfrage, für deren Entsch. zwar die ärztlichen Erfahrungen und Erkenntnisse eine unentbehrliche Hilfe sind, letztlich aber doch in gerechter Abwägung der beteiligten widerstreitenden Interessen und unter Berücksichtigung der Zweckgedanken, die dem Schadensersatzrechte zugrunde liegen, Werturteile den Ausschlag geben müssen, die der naturwissenschaftlichen Begriffswelt fremd sind, ohne die der handelnde Mensch aber nirgends auskommt. Dahin geht auch der richtig verstandene Sinn der in der reichsgerichtlichen Rspr. entwickelten Grundsätze für die Abgrenzung der rechtlich erheblichen (adäquaten) Verursachung. Denn die Unterscheidung von nahen und entfernten, von engen und losen, von inneren und äußeren Zusammenhängen, von gewöhnlichen und ungewöhnlichen Folgen, von Wirkungen, mit deren möglichem Eintritt zu rechnen war, und solchen, bei denen das nicht der Fall war, u. ä., ist nur mit Hilfe von solchen, vom Standpunkte des Naturwissenschaftlers aus gesehen, unwissenschaftlichen, gefühlsmäßigen Wertungen möglich. Deshalb hat die reichsgerichtliche Rspr. dem Wandel der rein naturwissenschaftlichen Auffassung von an sich längst bekannten und feststehenden Tatsachen in den fachärztlichen Kreisen und insbes. ihrer Stellungnahme dazu, inwieweit seelischen Störungen, die im Anschluß an einen Unfall auf-

treten, als Krankheiten im ärztlichen Sinne zu betrachten sind, inwieweit sie bloße Reaktionsweisen der besonderen Konstitution darstellen, ohne alles dies darum unbeachtet zu lassen, mit Recht weniger Gewicht beigelegt, als der auf solchen Wertungen beruhenden vernünftigen Lebensanschauung.

Die Erörterungen des BG. müssen jedoch mindestens Zweifel daran erwecken, ob es bei ausdrücklicher Anerkennung jener Rechtsansicht von ihr auch die richtige Anwendung gemacht hat. Daß sich erst mehr als ein Jahr nach einem Unfalle, der keinerlei irgendwie erhebliche Verletzungen zur Folge gehabt hat, in rechtlich beachtlichem (adäquatem) Zusammenhange mit ihm eine nicht in körperlichen Veränderungen begründete, sondern rein seelisch bedingte Lähmung einstellt, ist kein häufigeres Ereignis. Das muß bei den Anforderungen an die Beweisführung des Kl. berücksichtigt werden. Es ist von ihm zu verlangen, daß er solche Umstände dartut, die geeignet sind, die volle Überzeugung von einem solchen Sachverhalte zu begründen. Dabei ist vor allem Wert zu legen auf eine weitgehende Aufklärung der Verhältnisse und Geschehnisse unmittelbar nach dem Unfalle und in der folgenden Zeit bis zum ersten Auftreten des Leidens, weil nur so sich hinreichende Klarheit über dessen Quellen gewinnen läßt. Bloße Möglichkeiten und Vermutungen können sie nicht ersetzen. Daß sich die Bildung und Festsetzung der überwertigen irrigen Vorstellung über den Umfang und die Folgen der erlittenen körperlichen Verletzungen, worin die Ursache der bestehenden hysterischen Lähmung zu erblicken ist, äußerlich angeknüpft hat an vorübergehende Bewegungshemmungen und Schmerzen, die tatsächlich durch den Unfall verursacht waren, und daß dabei der Eindruck des Unfalles mitgewirkt hat, reicht allein noch nicht hin, die Lähmung als adäquate Unfallfolge erscheinen zu lassen. Soweit nicht eine durch Art und Dauer des Leidens erkennbare Schreckwirkung vorliegt oder sein Auftreten auf eine durch den Unfall bewirkte oder verstärkte, auf körperlicher Grundlage beruhende nervöse Erkrankung zurückzuführen ist, würde das vielmehr nur zutreffen, wenn das Auftauchen einer solchen Befürchtung bei einem Manne von dem Bildungsstande und der Empfindungsweise des Kl. wegen der Art und Stärke jener unmittelbaren Unfallwirkungen als ein natürlicher, wohlverständlicher und nicht ganz ungewöhnlicher Vorgang erscheinen und ihr Übermächtigwerden in dem durch die körperliche und seelische Verfassung des Kl. zur Zeit des Unfalles begründeten, besonders tiefen gefühlsmäßigen Eindrucke des Unfalles und seiner Folgen auf ihn in ebensolcher Weise beruhen sollte. Denn nur dann würde von einem inneren Zusammenhange seines Leidens mit dem Unfalle gesprochen werden können; nur dann würde es sich um eine Folge handeln, mit deren möglichem Eintritt bei solchen Unfällen gerechnet werden muß und für die den Verletzten zu entschädigen deshalb dem Haftpflichtigen allgemein zumutbar ist. Einen Anhalt dafür, ob jene Voraussetzungen gegeben sind, kann das sonstige Gesamtverhalten des Verunglückten vor und nach dem Unfalle, insbes. seine Einstellung zu anderen, nicht entschädigungspflichtigen Unfällen, abgeben. Dagegen kommt es für den adäquaten Ursachenzusammenhang nicht etwa ausschließlich und entscheidend darauf an, ob die Lähmung durch gehörige Willensanspannung verhindert worden wäre oder wieder beseitigt werden könnte. Vielmehr nötigt die Verneinung dieser Frage ebensowenig schon zur Annahme eines inneren Zusammenhanges des Leidens mit dem Unfalle, wie ihre Bejahung unter allen Umständen eine solche Annahme ausschließt. Das ergibt sich ohne weiteres daraus, daß § 254 BGB. ein mitwirkendes eignes Verschulden des Geschädigten, wie es hierbei u. U. in Betracht kommt, zur Grundlage eines Einwandes gemacht hat, für den den Ersatzpflichtigen die Beweislast trifft, während das Vorliegen des adäquaten Zusammenhanges zum Klagegrund gehört und vom Geschädigten zu beweisen ist.

Das BG. befaßt sich weiter mit der Forderung des Kl. nach einer Kapitalabfindung für die Zukunft und führt dazu aus: Der Einwand des Bekl., eine solche Forderung könne der Kl. im Betragsverfahren nicht mehr vorbringen, greife nicht durch. In dem Grundurteile sei eine Entsch., ob eine Rente oder eine Kapitalabfindung zu gewähren sei, nach der Prozeßlage nicht zu treffen gewesen. Bei dem Antrage, den der Kl. nach dieser zu stellen gehabt habe, habe es sich um einen einheitlichen kapitalisierten Betrag gehandelt. Das Grundurteil habe die Frage, ob noch Folgen des Unfalles vorhanden seien, und damit auch die Entsch. der Frage, ob Rente oder Kapitalabfindung vorzuziehen sei, dem Verfahren über den Betrag überlassen. Das sei insbes. deshalb angebracht gewesen, weil die Feststellung der Höhe für die Wahl der Entschädigungsart von maßgebender Bedeutung gewesen sei. Zudem habe der Kl. in dem Verfahren über den Grund eine Kapitalabfindung noch nicht gefordert gehabt.

Auch diese Darlegungen werden von der Rev. angegriffen, jedoch zu Unrecht. Wenn der Verletzte von Anfang an auf Grund des § 843 Abs. 3 BGB. an Stelle der Rente eine Kapitalabfindung gefordert hat, muß die Entsch. über die Berechtigung dieses Standpunktes allerdings schon im Grundurteil getroffen werden. Treten dagegen erst nachträglich Umstände hervor, die den Kl. veranlassen, von der Forderung einer Rente zu der einer Kapitalabfindung überzugehen, so steht dem auch nach rechtskräftiger Entsch. über den Grund des Anspruchs nichts im Wege. Im vorl. Falle hatte zudem der Kl. schon im Grundverfahren die Rentenforderung durch einen Kapitalabfindungsanspruch ersetzt, freilich nicht auf Grund des § 843 BGB., sondern gemäß den Best. der KO., wegen deren er es damals nicht nötig hatte, § 843 BGB. heranzuziehen. Hier ist also die Art der Forderung überhaupt nicht verändert worden, sondern nur mit Rücksicht auf die inzwischen erfolgte Aufhebung des Konkursverfahrens der rechtliche Gesichtspunkt, aus dem sie hergeleitet wurde.

(U. v. 12. Dez. 1931; 310/31 IX. — Berlin.) [H.]

<= RG. 135, 295.>

11. §§ 839, 2234, 2235 BGB. Darüber, wie der Notar sich die Überzeugung zu verschaffen hat, daß die zur Errichtung eines Testamentes zugezogenen Zeugen nicht wegen eines verwandtschaftlichen Verhältnisses von der Mitwirkung ausgeschlossen sind, lassen sich Regeln im einzelnen nicht aufstellen.

Es kommt wesentlich auf die Lage des einzelnen Falls an, welche Mittel zuverlässiger Erforschung ihm zu Gebote stehen. Zu fordern ist nur, daß der Notar sich dieser Mittel in dem Umfange bedient, daß er bei Beobachtung der einem Notar obliegenden Sorgfalt sich überzeugt halten darf, den wahren Sachverhalt klargestellt zu haben. Vorl. hatte der Bekl. eigenhändig die Testamentsschrift niedergeschrieben; er wußte also, daß die Kl. als Alleinerbin eingesetzt war. Wenn er sich Gewißheit darüber verschaffen wollte, ob nicht der als Testamentszeuge ausersehene B. mit dem Erblasser oder der Kl. in einem verwandtschaftlichen Verhältnisse stand, das seine Tauglichkeit für dieses Geschäft ausschloß, so war es das Nächstliegende, den B. selbst zu fragen. Der Erblasser konnte wohl zuverlässige Auskunft über eine Verwandtschaft des Zeugen mit ihm geben, eine gleiche Sicherheit war aber möglicherweise hinsichtlich des Verhältnisses zwischen dem Zeugen und der Kl. nicht gewährleistet. Auf alle Fälle mußte der Zeuge nach beiden Richtungen zuverlässig unterrichtet sein. Zu einer Besorgnis, es werde aus irgendeinem Grund von ihm keine zutreffende Antwort zu erhalten sein, lag keine Veranlassung vor. Namentlich hat die Kl. nicht behauptet, daß die später hervorgetretene Geistesschwäche des Zeugen damals schon irgendwie erkennbar gewesen sei. Wenn das BG. eine Frage in der ganz allgemeinen Fassung, „ob B. mit der Kl. verwandt sei", für ausreichend hält und nicht eine engere, auf Verwandtschaft in gerader Linie oder Seitenverwandtschaft zweiten Grades beschränkte Fassung gefordert hat, so kann darin ein die Kl. beschwerender Rechtsfehler nicht gefunden werden, denn die allgemeine Frage schloß die besondere in sich ein. Nach der Natur der Frage war auch nicht zu befürchten, daß eine wissentlich oder fahrlässig falsche Antwort gegeben werden würde; die Schärfung des Verantwortlichkeitsgefühls des Gefragten durch eine Belehrung über die Wichtigkeit der Frage und der darauf erteilten Antwort kann deshalb nicht grundsätzlich verlangt werden. Ebenso läßt sich nicht

rechtsgrundsätzlich sagen, daß irgendeine Nachprüfung der erhaltenen Antwort durch Rückfrage, sei es bei dem Erblasser, sei es bei einer dritten Auskunftsperson, durch die pflichtmäßige Sorgfalt eines Notars geboten gewesen wäre. Erforderlich war nur, daß der Bekl. den B. so deutlich fragte, daß er überzeugt sein durfte, B. habe die Frage richtig verstanden.

(U. v. 9. Dez. 1932; III 201/32. — Naumburg.) [Sch.]

**12. § 839 BGB.; Art. 131 RVerf.; § 2100 BGB.

1. Rechtsstellung des eingesetzten Nacherben vor Eintritt der Nacherbschaft. Bereits gegenwärtige Schädigung des Nacherben, falls der Vorerbe infolge richterlichen Versehens bei Ausstellung des Erbscheins nicht als Vorerbe, sondern als freier Erbe handeln konnte und mit der Erbschaft unwirtschaftlich verfahren ist.

2. Schon vor dem Eintritt der Nacherbfolge besteht Aktivlegitimation und Feststellungsinteresse des Nacherben an der Schadensersatzpflicht für dieses Versehen.

3. Für das eine Klagevoraussetzung bildende Fehlen anderweiter Ersatzmöglichkeit ist auf die Zeit der Klagerhebung abzustellen; der Kl. darf eine früher vorhandene Ersatzmöglichkeit nicht schuldhaft versäumt haben; auf die Möglichkeit eines Ersatzes in der Zukunft braucht er sich nicht verweisen zu lassen. †)

Das BG. hält es für eine fahrlässige Amtspflichtverletzung des RevKl. (der dem bekl. Freistaat Oldenburg als Streithelfer beigetreten ist), daß er die angeordnete Nacherbfolge in den Erbscheinen unerwähnt gelassen hat. Dazu wird ausgeführt: Wenn auch der Richter den Erbschein, wie ihm zu glauben sei, erst nach längerer Überlegung ausgestellt habe, so habe er sich doch sagen müssen, daß seine Auffassung von der Rechtslage keineswegs durch zwingende Gründe gestützt sei und daß die Annahme eines örtlichen, von der Ausdrucksweise des BGB. abweichenden Sprachgebrauchs doch starken Zweifeln begegnen müsse. Hätte er sich bei seiner Entschließung die Möglichkeit einer von seiner Meinung abweichenden Beurteilung pflichtgemäß klargemacht, so würde er die Anordnung der Erblasser in den Erbscheinen erwähnt haben. Dabei komme es nicht auf die Beweiserbieten dafür an, daß in jener Gegend unter „Nacherbe" nur ein „Ersatzerbe" verstanden werde, falls nicht etwa die in erster Linie eingesetzte Person ausdrücklich als Vorerbe bezeichnet sei; auch nicht auf das Beweiserbieten dafür, daß der Berater der Erblasser in den von ihm entworfenen Testamenten das Wort „Nacherbe" niemals i. S. eines Nacherben bei unbefreiter Vorerbenbestellung brauche.

Die Rev. rügt hierzu Verletzung des § 286 ZPO. durch Übergehung der erwähnten Beweiserbieten; jedoch zu Unrecht: Mag auch vielfach, und auch in jener Gegend, Unklarheit über den Unterschied zwischen Nacherbe und Ersatzerbe bestehen, so bot doch der Inhalt gerade dieses Testaments so starke Hinweise auf den Willen der Erblasser i. S. einer wirklichen Nacherbeneinsetzung, daß der Richter daran nicht vorübergehen und nicht ohne einen Versuch der Ermittlung und Aufklärung die Einsetzung der Kl. unerwähnt lassen durfte. Pflichtgemäß vorsichtiges Verfahren würde nach rechtsirrtumsfreier Annahme des BG. den Streithelfer zur Aufnahme der Nacherbeinsetzung in die Erbscheine geführt haben.

Für die Schadensfolgen der Amtspflichtverletzung ist der Bekl. nach dem OldenbStaatshaftpflG. v. 22. Dez. 1908 in Verb. m. Art. 131 RVerf. und § 839 BGB. ersatzpflichtig. Das BG. stellt fest, daß der Vorerbe mit der Erbmasse unwirtschaftlich verfahren sei und eine unnütz hohe Schuldenlast darauf gelegt habe, was ihm nicht möglich gewesen sein würde, wenn die Nacherbenrechte in den Erbscheinen und infolgedessen auch im Grundbuch vermerkt gewesen wären, daß alsdann auch die im Gesetz (§§ 2127 ff. BGB.) zugunsten von Nacherben vorgesehenen Sicherungsmaßnahmen ergriffen worden wären. Rechtlich verfehlt ist die Auffassung des BG. darin, daß es bei dieser Sachlage nur von der Möglichkeit eines den Kl. in der Zukunft bei Eintritt des Nacherbfolgefalls entstehenden Schaden spricht. Richtig ist vielmehr folgendes: Der Nacherbe hat in der Zeit zwischen Eintritt des Erbfalls und des Nacherbfalls bereits eine rechtlich gesicherte Anwartschaft, eine feste Rechtsstellung. Der Vorerbe ist von vornherein gebunden, die Erbschaft ordnungsgemäß zu verwalten. Zu dem Zweck bestehen Sicherungsmöglichkeiten für den Nacherben. Die Verfügungsmacht des Vorerben ist im Interesse des Nacherben eingeschränkt. Nach Eintritt des Nacherbfolgefalls, der ja nicht immer der Tod des Vorerben zu sein braucht, hat der Vorerbe oder sein Gesamtrechtsnachfolger die Erbmasse so herauszugeben, wie sie sich bei ordnungsgemäßer Verwaltung ergeben würde. In seinen so gestalteten subjektiven Rechten ist der Nacherbe geschädigt, wenn dem Vorerben durch ein Amtsversehen ermöglicht wird, mit dem gebundenen Nachlaß unwirtschaftlich zu verfahren und wenn der so herbeigeführte Erfolg bei Beachtung der Nacherbfolge vermieden worden wäre. Sobald das geschehen ist, besteht eine nicht erst mit dem Nacherbfolgefall eintretende, sondern eine bereits gegenwärtige Schädigung des Nacherben. Dabei ist es Frage des Einzelfalls, ob sich das Maß der Schadenszufügung schon ziffernmäßig ausdrücken läßt. So ist auch im vorl. Falle eine Schadenswirkung zum Nachteil der Kl. schon gegenwärtig vorhanden, wenn auch die Bezifferung erst später möglich sein mag. Tritt später der Nacherbfolgefall ein und bekommen die Kl. alsdann die Erbmasse infolge früherer Verschleuderung nur vermindert, so zeigen sich damit weitere Folgen des früheren schädigenden Ereignisses, der Auslassung der Nacherben in den Erbscheinen. Es tritt damit aber nicht ein neuer Schadensfall ein. Es ist nicht anders als bei einer Körperverletzung, wenn sich da zunächst nur geringe, nach Jahren aber schwerere anfänglich noch nicht im einzelnen zu ermessende Folgen zeigen.

Demgemäß handelt es sich für die Kl. um ein gegenwärtig bestehendes Rechtsverhältnis, aus dem heraus die Ersatzpflicht des Bekl. für gegenwärtige und sich in Zukunft zeigende Folgen der Amtspflichtverletzung festgestellt werden kann, falls — was bisher noch nicht geprüft wurde — ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung und die Voraussetzung des Anspruchs, daß von anderer Seite kein Ersatz zu erlangen ist, vorliegen. Dem kann nicht mit dem Einwurf begegnet werden,

---

Zu 12. Der Rechtsstreit dürfte auf Grund des von den Vorinstanzen festgestellten Tatbestandes der rechtsgültigen Anordnung einer Nacherbfolge und der fahrlässigen Amtspflichtverletzung des Nachlaßrichters zutreffend entschieden sein. Einige ergänzende Bemerkungen:

1. In bezug auf das in Einzelheiten vielfach bestrittene Rechtsverhältnis zwischen Vorerben und Nacherben ist hier zunächst zu erwägen, ob der durch das unwirtschaftliche Verhalten des Vorerben und durch die Fahrlässigkeit des Nachlaßrichters verursachte Schaden einen Ersatzanspruch begründet, den der Nacherbe schon vor dem Eintritt des Nacherbfolgefalles mittels Feststellungsklage gem. § 256 ZPO. geltend machen kann. Der Nacherbe hat, wie wohl allgemein anerkannt und auch vom RG. hier ausgesprochen ist, eine erbrechtliche Anwartschaft, die zwar kein volles subjektives Recht gewährt, da es vielmehr von dem künftigen Eintritt des Nacherbfolgefalles abhängig ist, wohl aber durch die §§ 2113 ff. BGB. gegen Verfügungen des Vorerben gesichert ist. Insbes. wird man auch dem Nacherben, da ihm schon vorher das Recht auf Sicherheitsleistung nach § 2128 zusteht, das mindere Recht auf Feststellung einer Schadensersatzpflicht nicht versagen dürfen. Das RG. hat daher anscheinend eine besondere Begründung der Zulässigkeit dieses Feststellungsanspruchs nicht für erforderlich erachtet.

2. Nicht geprüft, weil von dem Bekl. nicht einredeweise geltend gemacht, ist ferner die Frage, ob die durch die unwirtschaftliche Verwaltung verletzten Nacherben schuldhafterweise die Abwendung des Schadens durch den Gebrauch eines Rechtsmittels unterlassen haben (§ 839 Abs. 3 BGB.). Weshalb dieser Einwand nicht erhoben wurde, ist nicht ersichtlich: denn keineswegs war er von vornherein ausgeschlossen. Der Vorerbe war entmündigt und durch einen Vormund vertreten. Von den Nacherben ist der eine Student der Rechte, der andere durch einen Pfleger vertreten. Von beiden konnte man wohl erwarten, daß sie sich eines Rechtsmittels, etwa der Beschwerde, bedienten, um den aus dem unrichtigen Erbschein drohenden Schaden abzuwenden.

3. Aus dem gleichen Gesichtspunkte konnte schließlich auch auf den § 254 BGB. zurückgegriffen und möglicherweise eine prozentuale Minderung des Ersatzanspruchs herbeigeführt werden. Auch das wurde nicht versucht und die angerufenen Gerichte hatten daher auch keinen Anlaß, die Möglichkeit einer Kulpakompensation zu prüfen.

Prof. Dr. Frommhold, Greifswald.

es stehe ja noch nicht fest, ob die Kl. wirklich Nacherben werden würden. Die Kl. sind schon jetzt in ihrer Anwärterstellung beeinträchtigt. Ihr späteres Eintreten als Nacherben ist nicht Voraussetzung des Anspruchs überhaupt, sondern nur Vorbedingung für den Eintritt noch weiterer Schadensfolgen und vielleicht — aber nicht notwendig — auch für die Möglichkeit der Schadensbezifferung. Der Klageantrag enthielt keine Einschränkung der begehrten Feststellung auf den Fall, daß die Kl. Nacherben werden, sondern forderte die Feststellung der Ersatzpflicht schlechthin. Diese Einschränkung ist rechtsirrig vom LG. und BG. eingesetzt worden. Hiermit erledigt sich auch die Meinung der Rev., die Kl. seien nicht zur Klage befugt, weil nicht feststehe, ob sie Nacherben werden würden; die Klage hätte, wenn überhaupt möglich, von einem für die zukünftigen Nacherben zu bestellenden Pfleger erhoben werden müssen. Es handelt sich eben um eine schon jetzt eingetretene Schädigung gerade der Kl.

Ein rechtliches Interesse der Kl. an alsbaldiger Feststellung einer Ersatzpflicht des Bekl. (§ 256 ZPO.) ist gegeben, weil die Kl. für ihre Lebenshaltung wissen müssen, ob sie einen Ersatzanspruch haben, weil eine spätere Klarstellung möglicherweise erschwert sein würde und weil eine Anspruchsbezifferung zur Leistungsklage zur Zeit nicht möglich ist.

Die materielle Anspruchsvoraussetzung, daß die Kl. nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermögen, prüft das BG. nicht. Es fügt sie vielmehr in Form einer den Urteilsspruch einschränkenden Bedingung in diesen ein. Das ist rechtsirrig. Bei einem Anspruch aus fahrlässiger Amtspflichtverletzung bildet das Fehlen anderweiter Ersatzmöglichkeit einen Teil des Tatbestands, aus dem der Anspruch hergeleitet wird; er gehört deswegen zur Klagebegründung (RG. 137, 20[1])). Wenn diese Frage noch völlig offen steht, kann auch die Feststellungsklage nicht durchdringen, weil eine Anspruchsvoraussetzung fehlt.

Da es sich bei dem Schadensersatzanspruch der Kl. um einen bereits entstandenen, nicht aber um einen erst in der Zukunft entstehenden Anspruch handelt, so ist die Frage anderweiter Ersatzmöglichkeit nicht auf die Zukunft, sondern auf die Jetztzeit abzustellen. Dabei kommt es darauf an, daß der Verletzte zur Zeit der Klagerhebung keine andere Ersatzmöglichkeit hat und daß er auch eine früher vorhandene Ersatzmöglichkeit nicht schuldhaft versäumt hat (RG. 100, 128). Auf die Möglichkeit eines Ersatzes in der Zukunft aber braucht sich der Beschädigte nicht verweisen zu lassen (RG. 80, 254[2])). Für eine Ersatzmöglichkeit kam hier nur in Frage, ob etwa der Vorerbe selbst die Schädigung, welche er durch unwirtschaftliches Verhalten der durch die Nacherbschaft gebundenen Vermögensmasse zugefügt hatte, ersetzen konnte. Dazu hatten die Kl. behauptet, der Vorerbe habe außer der Erbmasse kein Vermögen; er sei alt und erwerbsunfähig. Diese Tatsachen lassen erkennen, daß zur Zeit der Klagerhebung und vorher gegenüber den Vorerben keine Ersatzmöglichkeit vorhanden war. Der Bekl. und der Streithelfer haben diese Behauptung der Vermögenslosigkeit (außer der Erbmasse) und der Erwerbsunfähigkeit des Vorerben nirgends bestritten. Sie haben wohl geltend gemacht, daß möglicherweise in Zukunft Ersatz von ihm zu erlangen sein werde. Aber darauf kommt es nicht an. Sollte in solchem Falle der ersatzpflichtige Vorerbe doch nachträglich noch ersatzfähig werden, so würde damit eine im Betragsverfahren zu berücksichtigende Schadensminderung eintreten, die auch gegenüber einem auf Leistung lautenden Urteil im Rahmen des § 767 ZPO. berücksichtigt werden könnte. Somit ergibt sich der vom BG. offengelassene Teil des anspruchbegründenden Tatbestands, das Fehlen anderer Ersatzmöglichkeit, aus dem beiderseitigen Parteivortrag als für die Zeit der Klagerhebung und vorher unstreitig.

Nach alledem ist ein Feststellungsanspruch der Kl. dahin begründet, daß der Bekl. verpflichtet sei, ihnen allen Schaden zu ersetzen, der ihnen dadurch bereits entstanden ist und in Zukunft entstehen wird, daß das AG. sie in den Erbscheinen nicht als Nacherben aufgeführt hat.

So aber haben die Vordergerichte nicht erkannt. Sie haben vielmehr die Feststellung der Ersatzpflicht eingeschränkt durch die beiden Bedingungen, daß die Ersatzpflicht des Bekl. nur dann bestehe, wenn die Kl. Nacherben geworden sein werden und insoweit dann kein Ersatz vom Vorerben oder dessen Erben zu erlangen sein werde. Diese Einschränkungen ergeben für den Bekl. und den RevKl. eine Verbesserung ihrer Lage gegenüber einem Urteil, das die Ersatzpflicht unbedingt feststellen würde, wie es nach obigen Darlegungen durch die Sachlage gerechtfertigt ist. Die Fehler in den Urteilssprüchen beschweren also den Bekl. und den RevKl. nicht. Deswegen kann die Rev. keinen Erfolg haben.

Andererseits geht es nicht an, diese an sich verfehlten Einschränkungen aus den Urteilssprüchen zu entfernen. Das ursprünglich uneingeschränkt erhobene Feststellungsbegehren ist nur in dieser Weise eingeschränkt und vermindert zugesprochen worden. Darin ist eine Abweisung des Mehrbegehrens der Kl. enthalten. Da die Kl. diese Einschränkung nicht mit der Ber. bekämpft und sie auch keine Anschlußrevision eingelegt haben, so ist diese Teilabweisung rechtskräftig geworden. Es würde eine unzulässige Änderung der früheren Urteile zum Nachteil des RevKl. bedeuten, wenn das RevG. jetzt die an sich richtige unbedingte Feststellung aussprechen wollte.

(U. v. 4. Febr. 1933; V 379/32. — Oldenburg.) [Sch.]

<= RG. 139, 343.>

13. § 2040 BGB. Die Klage gegen Miterben, die eine Verfügung über einen Nachlaßgegenstand erreichen will, kann nicht in getrennten Rechtsstreiten erhoben werden.

Da mit der Klage die Auflassung, also die Verfügung über einen Nachlaßgegenstand verlangt wird, ergibt sich die Notwendigkeit, alle übrigen Miterben zu verklagen, aus § 2040 Abs. 1 BGB., wonach die Erben über einen Nachlaßgegenstand nur gemeinschaftlich verfügen können. Nach der Rspr. des RG. ist die Klage gegen einen einzelnen Miterben ausnahmsweise dann zuzulassen, wenn sich die anderen bereits freiwillig in rechtsverbindlicher Weise zu der Verfügung bereiterklärt haben oder dazu verurteilt sind oder die Bereitwilligkeit der übrigen Miterben im Rechtsstreit gegen einzelne Miterben unstreitig bleibt (RG. 71, 370[1]); 93, 292; 111, 338; 112, 132[2])). Keiner dieser Ausnahmefälle liegt hier vor. Nach den eigenen Darlegungen des BG. macht der Miterbe S. solche Schwierigkeiten, daß der Kl. inzwischen mit demselben Antrage wie hier gegen ihn Klage erhoben hat.

Für seine abweichende Ansicht führt das BG. aus: Wenn in RG. 93, 295 als Ausnahme der Fall anerkannt sei, daß der Miterbe bereits verurteilt sei, so gehe daraus hervor, daß auch das RG. die Entsch. gegen die einzelnen Miterben in getrennten Prozessen für zulässig halte. Dieser Schluß ist nicht gerechtfertigt. Der Sinn der Ausführungen des erwähnten und des in ihm angezogenen Urt. RG. 71, 367[3]) ist folgender: Liegt einmal eine Verurteilung eines einzelnen Miterben zur Verfügung über einen Nachlaßgegenstand vor, etwa weil die Bereitwilligkeit der anderen Miterben bisher vorgelegen hat, so soll es dabei bewenden und der Gläubiger nicht genötigt sein, denselben Miterben nochmals zu verklagen, wenn er gegen die anderen Miterben doch noch klagen muß. Es ist also nicht für zulässig zu erachten, daß der Gläubiger gegen die einzelnen Miterben in getrennten Prozessen vorgeht, sofern nicht die erwähnten Ausnahmefälle vorliegen. Im Schlußsatz von RG. 93, 292 ist auf die Möglichkeit hingewiesen, daß in getrennten Prozessen widersprechende Entsch. gefällt werden, während das Sachverhältnis selbst nur eine einheitliche Entsch. zulasse, und daß das Gericht zur Herbeiführung einer solchen Unzuträglichkeit keineswegs die Hand bieten dürfe. Demgegenüber führt das BG. aus: Da die Verurteilung der Bekl. zur Auflassung nur in Gemeinschaft mit den anderen Erben begehrt werde, könnten sich selbst in dem Falle, daß gegen die anderen Miterben abweisende Urt. ergingen, aus der Verurteilung der Bekl. allein keine Nachteile ergeben. Vielmehr könne alsdann das hier ergangene verurteilende Erkenntnis seinem Inhalt nach gleichfalls nicht vollstreckt werden. Diese Erwägung ist abwegig. Es muß durchaus vermieden werden, daß gegen die Bekl. ein sie mit Kosten belastendes Urt. ergeht, das möglicherweise in der Hauptsache gar nicht vollstreckt werden kann.

(U. v. 19. Jan. 1933; IV 390/32. — Berlin.) [Ka.]

[1]) JW. 1932, 3256. [2]) JW. 1913, 38.

[1]) JW. 1909, 490. [2]) JW. 1926, 1544. [3]) JW. 1909, 490.

14. § 2219 BGB. Der neuernannte Testamentsvollstrecker kann Schadensersatzansprüche des Erben wegen schuldhafter Nachlaßschädigung gegen den früheren Testamentsvollstrecker geltend machen. Ist der Schaden durch Mitschuld des Erben entstanden, so steht dem Vollstrecker der Einwand mitwirkenden Verschuldens entgegen.†)

(U. v. 3. Nov. 1932; IV 295/32. — Köln.)

Abgedr.: JW. 1933, 170[17].
<= RG. 138, 132.>

Zu 14. Das Urteil ist zu begrüßen.

Zweierlei verdient besondere Hervorhebung:

1. Ist die Klage zulässig? Die Antwort hängt von der sog. Prozeßführungsbefugnis (besser: Prozeßführungsmacht), die Prozeßführungsmacht von der Verfügungsmacht (§ 2212) des neuernannten Testamentsvollstreckers, seine Verfügungsmacht aber von der Nachlaßzugehörigkeit des etwaigen Schadensersatzanspruchs ab. Der Kern der Frage ist also: Gehört die Forderung zum Nachlaß? In Anlehnung an Kipp (Erbrecht § 123 VI 6) unterscheidet das Urt. mit Recht: Schadensersatzansprüche von Vermächtnisnehmern (§ 2219 Abs. 1 Fall 2) und unmittelbar geschädigten Erben (§ 2219 Abs. 1 Fall 1) stehen dem einzelnen zu; sie gehören zu seinem „Eigenvermögen". Ansprüche aber wegen Schädigung unmittelbar des Nachlasses, nur mittelbar also des oder der Erben gehören zum Nachlaß; sie sind Nachlaßforderungen. Schon der — zudem in den §§ 1991 Abs. 1, 1992 für „entsprechend" anwendbar erklärte — § 1978 Abs. 2 legt das nahe. Das Urt. lehnt sich an die für die Miterbengemeinschaft gegebene Ersatzbestimmung des § 2041 an; denn die Ersetzung erkläre sich nicht aus Besonderheiten der Erbengemeinschaft, sondern aus dem Bestand eines Sondervermögens. Mit dieser Begründung darf man aber wohl noch einen Schritt weitergehen, um — in Rechtsanalogie der §§ 718 Abs. 2, 1370, 1440 Abs. 2, 1473, 1486, 1497, 1524, 1526, 1546, 1550/4, 1638 Abs. 2, 1651 Abs. 2, 2041, 2111, 2374 — bei allen Sondervermögen, daher z. B. auch bei dem vom Testamentsvollstrecker verwalteten Alleinerbe und der Konkursmasse (Jaeger, KO. § 1 N. 62; Mentzel, KO. § 1 N. 6, 2 d/e), — jedenfalls für den nicht rechtsgeschäftlichen Erwerb — den Ersetzungsgrundsatz aufzustellen: Was auf Grund eines zu dem Sondervermögen gehörigen Rechtes oder, wie hier, als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines dazugehörigen Gegenstandes erworben wird, gehört zum Sondervermögen; so auch Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, § 125 N. 6. Insoweit stimmen ja alle angeführten Ersetzungsvorschriften überein, während der Ersetzungsumfang für rechtsgeschäftlichen Erwerb verschieden gestaltet ist: regelmäßig als „Beziehungsfurrogation" (§§ 1370, 1440 Abs. 2, 1473, 1486, 1497, 1524, 1526 Abs. 1, 1546 Abs. 1 Satz 2, 1550/4, 1638 Abs. 2, 1651 Abs. 2, 2041, 2374, auch 718 Abs. 1), zuweilen aber auch nur als beschränkte (§§ 1381, 1646, 2111, 2019 Abs. 1 — 2020[2] — 955: RGRKomm. § 2020, 1) „Mittelsersetzung".

2. Ist die Klage begründet? Der frühere Testamentsvollstrecker hatte der Alleinerbin — in dem irrigen Glauben an Nichtaufwertung der Vermächtnisse und damit Erledigung aller seiner Aufgaben — die Nachlaßgegenstände überlassen. Damit endete zwar zunächst seine Verfügungsmacht (§ 2217 Abs. 1 Satz 2), aber — mangels wirklicher Erledigung aller Aufgaben (RG. 81, 167 ff. = JW. 1913, 379) oder sofortiger Kündigung gem. § 2226 — nicht seine Amtspflicht, sein Amt. Zu den überlassenen Gegenständen gehörten zwei zurückgezahlte und gelöschte, kraft „Rückwirkung" aber aufwertungsfähige (§ 15 AufwG.), jedoch infolge unterlassener Anmeldung unaufgewertete (§ 16 AufwG.) Hypotheken. Gegen den begehrten Ersatz des AufwVerlustes führt das Urt. mit Recht aus: Selbst wenn die versäumte Hypothekenaufwertung insofern auf Verschulden des früheren Testamentsvollstreckers beruhte (§ 2219), als er mit der Vermächtnisaufwertung rechnen mußte und daher die Nachlaßverwaltung noch nicht aufgeben durfte, sei die Klage abzuweisen; denn der AufwVerlust sei überwiegend durch „Verschulden des Beschädigten" (§ 254 Abs. 1), hier der Alleinerbin, „verursacht". Dabei zeigt sich vor allem:

a) Mitwirkendes Verschulden des geschädigten Rechtsinhabers (Alleinerben) ist auch dann zu beachten, wenn man den klagenden Testamentsvollstrecker nicht als Vertreter des Erben (als solchen), sondern mit dem RG. — m. E. zutreffend (meine Erklärungshaftung S. 298) — als Eigen-„Partei kraft Amtes" ansieht. Ferner: Die Feststellung des Mitverschuldens ist zwar im Urteilsfalle ohne Verfügungsmacht (dank § 2217 Abs. 1 Satz 2) und damit Anmeldungsbefugnis der Erbin wohl kaum denkbar; aber die Berücksichtigung des festgestellten Mitverschuldens beruht nicht auf der Verfügungsmacht, sondern der Zurechnungsfähigkeit (§§ 276 Abs. 1 Satz 2 — 827 f.) des Rechtsinhabers: sie hängt daher von seiner Verfügungsmacht nicht ab.

b) Die Rechtsgrundlage der Mitschuldanrechnung bietet § 254, nicht etwa das vom BG. gebrauchte, den wahren rechtlichen Gesichtspunkt nur verdeckende (dazu Brenner, Die exc. doli gen. in den Entsch. des RG., 1926; meine Erklärungshaftung 178 ff.) Schlagwort von der „Einrede der Arglist".

c) Die Rechtsfolge der Mitschuldanrechnung ist — nach dem klaren Wortlaut des § 254 im Einklang mit der Interessenlage — Minderung oder Ausschluß des Schadensersatzrechtes, nicht Erzeugung eines Gegenrechtes (Erklärungshaftung 306 f.). Daher spricht das RG. richtig von dem „Einwand", nicht der Einrede des Mitverschuldens.

d) Schließlich beschränkt das Urt. den Einwand beifallswert nach zwei Richtungen:

α) Mitschuld nur des (Allein-) Erben entkräftet die Klage. Mitverschulden lediglich eines (Mit-) Erben kann diesen persönlich verbinden, aber nicht von der Nachlaßforderung gegen den früheren Amtswalter entbinden.

β) Mitverschulden des (Allein-) Erben mindert oder hindert zwar die Nachlaßforderung, nicht aber den etwaigen Schadensersatzanspruch von Vermächtnisnehmern (§§ 2219 Abs. 1 F. 2 — 249[1]).

PrivDoz. GerAss. Dr. Heinz Hildebrandt, Heidelberg.

III. Sonstiges materielles Recht.

****15.** §§ 1, 5, 18, 19, 28, 34 BauforderungsG.; § 823 Abs. 2 BGB. § 1 obigen Ges. ist ein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2. Die Schadensersatzpflicht wegen Verstoßes gegen § 1 ist nicht wie die Strafbarkeit gem. § 5 durch Zahlungseinstellung usw. bedingt. Nicht jeder Baubeteiligte (§ 1) ist auch Baugläubiger (§§ 18, 19), aber jeder Baugläubiger ist auch Baubeteiligter. Unter den zu befriedigenden Baubeteiligten hat der Bauherr die Wahl. Von den durch Entfremdung von Baugeld geschädigten Baubeteiligten kann jeder seinen vollen Ausfall bis zur Höhe der Entfremdung geltend machen mit der Maßgabe, daß der Baugeldempfänger durch Zahlungen an irgendwelche von ihnen frei werden kann. Auch der Generalunternehmer gehört zu den Baubeteiligten, unter welchen der Bauherr die Wahl hat; der Bauherr darf aber nur zuverlässige Unternehmer ohne Rücksicht auf die Ansprüche der entfernteren Baubeteiligten aus dem Baugelde befriedigen. Sind Mitgesellschafter Bauherren, so kann der eine dem anderen, ihm als zuverlässig bekannten Gesellschafter die Geschäftsführung und damit die Verantwortung nach § 1 überlassen. Der Baubeteiligte, der wissentlich aus dem Baugeld Zahlung für eine laufende Forderung annimmt, ist u. U. insoweit mit seinem Anspruch aus § 1 abzuweisen.†)

Der Bekl. und S. waren Miteigentümer eines Baugeländes. Über dessen Ausnutzung durch Bebauung mit Wohnhäusern hatten sie im Nov. 1928 einen notariell beurkundeten Vertrag geschlossen. In ihm hatte S. die Ausführung und die „Finanzierung" des Bauvorhabens übernommen, wofür ihm die Eingänge aus den aufgenommenen und noch aufzunehmenden Hypotheken bis auf einen kleinen Bruchteil zugehen sollten; jeder Vertragsteil sollte die Hälfte der gesamten Aufwendungen tragen, dabei aber S. für die Bauherstellung den festen Satz von 29,20 RM je cbm umbauten Raumes gutgebracht erhalten. Zur Deckung der Baukosten waren ihnen von der Reichsversicherungsanstalt und der WohnungsfürsorgeGmbH. hypothekarische Darlehen und von der D.-Bank bis zur Auszahlung der erstgenannten

---

Zu 15. Die Pflicht des Baugeldempfängers, das Baugeld zur Befriedigung der Baubeteiligten zu verwenden, könnte eine verwaltungsrechtliche, eine rein strafrechtliche oder eine zivilrechtliche oder eine Mischung von zweien oder aller dieser Pflichten sein. Von öffentlich-rechtlichen Pflichten, die also etwa durch Verwaltungsakte durchgesetzt würden, kann nicht gesprochen werden; strafrechtlich kommen nur die Sonderbestimmungen der §§ 5 ff., 26 in Betracht, und damit ist die unmittelbare strafrechtliche Bedeutung des Gesetzes zum Schutz der Bauforderungen erschöpft. Soweit Baugeldempfänger in Frage kommen, wird nur die Zahlungseinstellung oder der Konkurs strafrechtlich betroffen. Damit ist aber die Verwendungspflicht des § 1 nicht erschöpft. Also muß — und dies sollte doch der Ausgangspunkt sein — eine bürgerlich-rechtliche Verwendungspflicht bestehen. Gegenüber wem? Doch nur gegenüber den Baubeteiligten. Hierfür sprechen die §§ 18, 19, 31, aus denen sich ergibt, daß sogar die Unterbeteiligten Baugläubiger sein sollen. Das RG. scheint dies

Hypothek ein ebenso gesicherter Zwischenkredit zugesagt worden. Die Bebauung des Geländes ist auch durchgeführt, und die Darlehnsbeträge sind während der Bauarbeiten bis auf einen kleinen Rest nach und nach ausgezahlt und von S. verbraucht worden. Obwohl jene Summen zur Deckung der gesamten Baukosten hingereicht hätten, sind jedoch Forderungen von Bauhandwerkern und Baulieferern unbefriedigt geblieben. Zu diesen gehört auch der Kl. Er nimmt den Bekl. auf Zahlung dieses Betrages in Anspruch.

LG. und OLG. gaben der Klage statt. RG. hob auf.

Das KG. hat die Klage zugesprochen, weil der Bekl. es schuldhaft nicht verhindert habe, daß S. die ihnen beiden gewährten Baugelder, die zur Deckung der gesamten Baukosten hingereicht hätten, zu einem erheblichen Teile nicht i. S. des § 1 BaufordG. verwandt, sondern Bauhandwerker und Baulieferanten unbefriedigt gelassen, diese Summe also anderweit verbraucht habe.

In diesem Verhalten des Bekl. erblickt es eine unerlaubte Handlung nach § 823 Abs. 2 BGB.

Die Rev. bittet zunächst um Nachprüfung, ob § 1 BaufordG. wirklich als ein Schutzgesetz zugunsten der Baubeteiligten i. S. des § 823 Abs. 2 BGB. anzusehen sei. Diese Frage ist vom RG. bereits mehrfach bejaht worden (vgl. insbes. RG. 84, 188[1]); 91, 72), hieran ist festzuhalten.

Gem. § 5 jenes Ges. ist ein Zuwiderhandeln gegen § 1 nur dann strafbar, wenn der Baugeldempfänger seine Zahlungen eingestellt hat oder über sein Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist. Das BG. ist aber m. R. davon ausgegangen, daß diese Einschränkung nicht auch für die als Ergänzung der Strafandrohung unentbehrliche zivilrechtliche Schadensersatzpflicht gelten kann, weil nämlich deren Aufstellung sonst praktisch fast bedeutungslos wäre.

§ 1 verpflichtet den Baugeldempfänger nicht, die Baubeteiligten aus dem Baugelde anteilig oder in bestimmter Rangordnung zu befriedigen, wenn es nicht für alle hinreicht. Deshalb entfällt jeder Schadensersatzanspruch für einen unbefriedigt gebliebenen Baubeteiligten, wenn das Baugeld zur Befriedigung anderer Baubeteiligter restlos verbraucht worden ist. Daraus folgt aber keineswegs, daß ein Baugeldempfänger, der das Baugeld ganz oder teilweise zu anderen Zwecken verwandt hat, dem Ersatzanspruche eines der geschädigten Baubeteiligten entgegenhalten könnte; wenn er das Geld nicht bestimmungswidrig verbraucht hätte, würde er es doch nicht zu des Gegners Befriedigung benutzt, sondern damit die Forderungen anderer Baubeteiligter gedeckt haben; vielmehr kann jener sich nur durch den Nachweis von weiterer Ersatzpflicht befreien, daß er in Höhe des entfremdeten Betrages bereits andere benachteiligte Baubeteiligte aus sonstigen Mitteln entschädigt hat. Dem BG. ist aber weiter auch darin beizupflichten, daß die durch Entfremdung von Baugeld geschädigten Baubeteiligten keineswegs wegen der dem Baugeldempfänger im § 1 eingeräumten Wahlfreiheit genötigt sind, ihre Ersatzansprüche gemeinsam einzuklagen oder sie auf einen dem Verhältnisse ihrer Forderungen zueinander entsprechenden Anteil an dem entfremdeten Baugelde zu beschränken, sondern jeder von ihnen selbständig vorgehen und seinen vollen Ausfall bis zur Höhe des entfremdeten und noch nicht wieder ersetzten Baugeldes verlangen kann, mit der Maßgabe freilich, daß der Baugeldempfänger durch Zahlungen in Höhe jenes Betrages an irgendwelche von ihnen allen gegenüber frei wird, jedoch unbeschadet seiner Verpflichtung zum Ausgleich etwaigen Verzugsschadens (§ 428 BGB).

Ob eine Entfremdung von Baugeld auch darin lag, daß mit dem von der Reichsversicherungsanstalt gewährten Darlehn der von der D.-Bank gegebene Zwischenkredit abgelöst worden ist, hat das BG. dahingestellt gelassen, weil mit der Möglichkeit zu rechnen sei, daß jenes Darlehn gerade auch zu diesem Zwecke gewährt worden sei, und es dann insoweit kein Baugeld dargestellt habe. Dagegen meint das KG., es sei jedenfalls die Verwendung jenes Darlehns zur Bezahlung der Zinsen des Zwischenkredits unzulässig gewesen, da diese keinesfalls zu den Kosten des Baues zählten und zudem S. sich ausdrücklich verpflichtet gehabt habe, die Kosten aufzunehmender Zwischenkredite und die bis zur Vollendung des Baues erfallenden Hypothekenzinsen zu decken. Dabei hat es indes nicht beachtet, daß auch die Abdeckung der zwischenzeitlich aufgelaufenen Zinsen des Zwischenkredits aus dem Darlehn i. S. der mit der Reichsversicherungsanstalt vor oder bei der Hingabe des Geldes getroffenen Vereinbarungen gelegen haben kann und dann das Darlehn auch insoweit nicht als Baugeld anzusehen gewesen wäre. Es hat ferner übersehen, daß in dem maßgebenden Vertrage vom Nov. 1928 keineswegs von einer persönlichen Übernahme jener Zins- und Kostenschulden durch S. die Rede ist, sondern nur von einer Verpflichtung zu ihrer vorläufigen Befriedigung durch ihn in Verbindung mit der Zuweisung des weitaus größten Teiles der aufgenommenen oder noch aufzunehmenden Hypothekengelder an ihn zur Einziehung, daß also die Benutzung jenes Darlehns auch zur Tilgung des Zwischenzinses gerade i. S. der Abmachung mit S. lag.

Nach § 1 ist der Empfänger von Baugeld verpflichtet, es zur Befriedigung solcher Personen zu verwenden, die an der Herstellung des Baues auf Grund eines Werk-, Dienst- oder Lieferungsvertrages beteiligt sind. Der Bekl. meint deshalb, zur Überlassung der Baugelder an S. befugt gewesen zu sein, da dieser die gesamte Bauausführung gegen eine feste Vergütung auf seine Gefahr und Kosten übernommen gehabt habe und deshalb als Generalunternehmer hinsichtlich des ihm zustehenden Werklohnes ebenfalls Baubeteiligter i. S. jener Vorschr. gewesen sei.

Das KG. hält diese Verteidigung nicht für durchgreifend, weil ein Generalunternehmer als Baubeteiligter nur anzusehen sei für den Teil des ihm zugesagten Werklohnes, der als Entgelt für seine eigne Tätigkeit (Werk- oder Dienstleistung oder Sachlieferung) erscheine, nicht dagegen auch insoweit, als dieser sich als Vergütung für die Leistungen der von ihm zur Herstellung des Baues herangezogenen Bauhandwerker und Bauarbeiter darstelle. Denn andernfalls würde der Zweck des Gesetzes, die Forderungen gerade dieser,

---

zu leugnen, aber es kann zumal angesichts der §§ 18, 31 gar nicht bestritten werden. Wenn die Unterbeteiligten sogar Baugläubiger sein können, müssen sie auch zu denen gehören, die in § 1 mit Schutz bedacht sind. Ihnen allen zuliebe hat das Gesetz das aufgenommene Baugeld zu einem echten Durchgangsposten (Krückmann: JheringsJ. 56, 245 ff.) gemacht, für dessen richtige Verwendung der Baugeldnehmer aufzukommen hat. Nicht etwa bloß in Form einer Ersatzhaftung, sondern sogar unmittelbar in Form der Haftung auf Auszahlung, Erfüllungshaftung. Dieser Anspruch muß beispielsweise den Bauarbeitern unmittelbar gegen den Baugeldnehmer zustehen und ist streng von der persönlichen Haftung des Dienstherrn zu trennen, bei dem die Bauarbeiter in Dienst stehen. Denn der Baugeldnehmer haftet den Arbeitern nur mit dem Baugeld, aber mit ihm auch in der Weise, daß er sorgfältig damit umgehen soll, wie das RG. zutreffend entscheidet. Der Anspruch gegen den Baugeldempfänger entsteht nach dem Muster des Vertrages zugunsten Dritter unmittelbar aus dem Gesetz, gewissermaßen handelt es sich um einen gesetzlichen Vertrag zugunsten Dritter ohne Rücksicht auf den Parteiwillen, wenn der Baugeldempfänger sich das Geld auszahlen läßt. Man bleibt auf halbem Wege stehen, wenn man diese Folgerung nicht zieht. Nur damit aus § 1 ein deliktsrechtliches Schutzgesetz i. S. von § 823 Abs. 2 gemacht werden könne, ist doch nicht die Verwendungspflicht des Baugeldempfängers bestimmt worden. Mag man bei Schaffung des Gesetzes sich in einem bequemen Halbdunkel bewegt haben — wir wollen das hier dahingestellt sein lassen und es nicht näher untersuchen —, die innere Triebkraft des gesetzgeberischen Gedankens führt zu der hier gezogenen Folgerung.

Man muß also, mag dies auch noch so sehr bestritten werden, jedem Baugläubiger einen unmittelbaren Anspruch gegen den Baugeldempfänger geben. Sind mehrere Baugeldempfänger da, geht der Anspruch gegen jeden als Gesamtschuldner in Höhe des ausgezahlten Baugeldes. An sich würden darauf nun die §§ 421 ff. anzuwenden sein, aber wenn der eine Gesamtschuldner den anderen als Generalunternehmer bestellt hat und ihm wie hier die Befugnis gegeben hat, sich das Baugeld auszahlen zu lassen, dann wird der Generalunternehmer zum Erfüllungsgehilfen des Baugeldempfängers, und dieser haftet für das Verschulden des Gehilfen nach § 278. Es kommt dann nicht darauf an, ob der Vertretene den Vertreter sorgfältig ausgesucht hat. Selbstverständlich kann Verletzung der Sorgfaltspflicht bei der Bestellung und Überwachung den Vertretenen haftbar machen, aber diese oft fragwürdige Aushilfe brauchen wir nicht, wir haben in § 278 besseres. Damit werden auch die prozessualen Klippen des § 19

[1]) JW. 1914, 536.

durch ihre persönliche Arbeit an der Herstellung des Baues beteiligten Personen zu sichern, nicht erreicht werden.

Diese Ansicht ist rechtsirrig. Dem Gesetz ist eine solche Zerlegung der Ansprüche der an der Herstellung des Baues auf Grund eines Werkvertrages beteiligten Personen, die ebenso wie für den Generalunternehmer auch für alle Unterunternehmer, denen die Herstellung von Teilen des Bauwerks übertragen ist, gelten müßte, fremd. Das ergibt sich deutlich aus dem 2. Abschn. des Gesetzes, der zur Auslegung des ersten mit herangezogen werden kann, wenn dieser auch in seiner Geltung von ihnen unabhängig ist, insbes. aus den §§ 18, 19, 28 und 34. Der Kreis der „Baugläubiger", d. h. der durch den Bauvermerk dinglich Gesicherten, ist in den §§ 18, 19 enger gezogen als der der „Baubeteiligten" i. S. des § 1, so daß zwar nicht jeder Baubeteiligte auch Baugläubiger, wohl aber jeder Baugläubiger auch Baubeteiligter ist. §§ 28, 34 zeigen aber zweifelsfrei, daß die als Unternehmer auf Grund Werkvertrags an dem Baue Mitwirkenden wenn überhaupt stets hinsichtlich ihres ganzen Anspruches zu den Baugläubigern gehören, auch soweit dieser eine Vergütung für die Leistungen der von ihnen herangezogenen Bauhandwerker und Bauarbeiter umfaßt, wennschon mit der Maßgabe, daß jene ihnen gegenüber ein Vorrecht auf die dingliche Sicherung haben. In der Tat würde es auch praktisch undurchführbar sein, wenn man von dem Baugeldnehmer immer und überall verlangen wollte, dafür zu sorgen, daß auch die letzten der von irgendeinem der am Baue mitwirkenden Unternehmer beschäftigten Arbeiter, die er vielfach gar nicht kennt und nicht kennen kann, aus dem Baugelde befriedigt werden. Es kann auch den Unternehmern im allgemeinen gar nicht zugemutet werden, den Bauherrn im einzelnen über die Ansprüche seiner Arbeiter und Lieferanten aufzuklären, wie es nötig wäre, damit jener eine solche Aufgabe erfüllen könnte. Allerdings ist nicht zu verkennen, daß die dem Baugeldgeber gelassene Freiheit der Auswahl der Baubeteiligten, denen er das Baugeld zuwendet, unter solchen Umständen gelegentlich zu einer im allgemeinen Interesse sehr unerwünschten Schädigung entfernterer Beteiligter führen kann, deren Vermeidung jenem nach Treu und Glauben recht wohl anzusinnen ist. Abhilfe kann jedoch insoweit nicht durch eine dem klaren Sinne des Gesetzes widerstreitende allgemeine Einschränkung des Begriffes der Baubeteiligten geschaffen werden, sondern nur durch die aus dessen Zweck und Zusammenhang im Wege ergänzender Auslegung zu rechtfertigende Aufstellung eines den §§ 19 Abs. 2, 28 des 2. Abschn. entsprechenden Rechtssatzes dahin, daß der Baugeldnehmer grundsätzlich nur zuverlässige Unternehmer ohne Rücksicht auf die Ansprüche der entfernteren Baubeteiligten aus dem Baugelde befriedigen darf. Daß bei S. aber die Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 vorlagen, hatte der Bekl. ausdrücklich behauptet und ist deshalb mangels gegenteiliger Feststellung des KG. für die RevInst. zu seinen Gunsten zu unterstellen.

Daraus folgt indes noch nicht, daß jener vom BG. zurückgewiesene Einwand des Bekl. Erfolg haben müßte. Das angef. Urt. prüft nämlich nicht, ob nicht der Vertrag vom 29. Nov. 1928, in dem S. die Bauausführung übernommen hatte, in Wirklichkeit nicht ein Werkvertrag zwischen ihm als Unternehmer und dem Bekl. als Besteller des Bauwerkes war, sondern ein Gesellschaftsvertrag, durch den die beiden Vertragsteile sich gegenseitig verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes, nämlich die Ausnutzung eines in ihrem Miteigentum stehenden Grundstücks durch Bebauung mit Wohnhäusern, in bestimmter Weise zu fördern, und ob nicht der dort vereinbarte Satz von 29,20 *RM* je cbm umbauten Raumes dementsprechend kein S. zugesagter Werklohn war, sondern nur eine Rechnungsgröße für die Feststellung seines Anteiles am Gewinn oder Verlust nach Erreichung des Gesellschaftszweckes. Diese rechtliche Beurteilung der Abmachung ist aber jedenfalls die nächstliegende, solange nicht besondere Umstände dargetan sind, aus denen ein anderer Wille der Beteiligten zu erschließen ist; sie hätte daher vom BG. erwogen werden müssen. Daß S. als der fachlich erfahrenere und durch sein Gewerbe dazu ohne weiteres fähige Mitgesellschafter die Ausführung des Bauvorhabens und die Gefahr unvorhergesehener größerer Kosten übernommen, der Bekl. sich dagegen im wesentlichen darauf beschränkt hatte, das Grundstück auch, soweit er daran mitberechtigt war, sowie seinen persönlichen Kredit zur Beschaffung von Baugeld zur Verfügung zu stellen, schließt die Auffassung des Abkommens als eines Gesellschaftsvertrages (§ 705 BGB.) nicht aus. Auch ob S. nach außen hin als alleiniger Unternehmer des Baues aufgetreten ist und die Verträge mit den Bauhandwerkern, Bauarbeitern und Lieferern allein in seinem Namen abgeschlossen hat, ist dabei nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Bei solcher Auslegung dieser Abmachung würde S. die Baugelder aber gar nicht zur Abdeckung eines ihm zustehenden Anspruches zugewiesen erhalten haben, sondern zur Bestreitung der Kosten der ihm obliegenden Bauausführung, also eben als ihm und dem Bekl. gemeinsam geliehene Baugelder, und zwar unterschiedslos in den ganzen ihm davon zugeflossenen Beträgen. Nach § 1 Abs. 2 BauforderG. würde er daher als selbst an der Herstellung des Baues beteiligter Baugeldempfänger nur so viel davon zu baufremden Zwecken zu verbrauchen befugt gewesen sein, als der Hälfte des angemessenen Wertes der von ihm persönlich in den Bau verwendeten Leistung entsprach, im übrigen dagegen verpflichtet gewesen sein, das Erhaltene restlos zur Befriedigung der Forderungen der von ihm unmittelbar oder mittelbar herangezogenen Unternehmer, Bauarbeiter und Lieferer zu benutzen.

Der Bekl. hatte sein Verhalten weiter damit zu recht-

Abs. 2, die eine große gesetzgeberische Ungeschicklichkeit sind, vermieden. Das RG. ist dieses Mal aus prozessualen Gründen darüber hinweggekommen, aber nicht immer geht es so leicht. Nebenbei bemerkt: auch S. war Miteigentümer, der die Voraussetzung erfüllen mußte, daß ihm das Nichtvorhandensein ausreichender Mittel oder jener Absicht ohne grobe Fahrlässigkeit unbekannt war (§ 19 Abs. 2 a. E.).

Bei Unterstellung eines Gesellschaftsvertrages wird an der Anwendbarkeit des § 278 nichts geändert, da dieser immer nur im Verhältnis zu den Baubeteiligten in Betracht kommt. M. E. kommt man auch mit der Unterstellung eines Gesellschaftsvertrages nicht weiter. Wohl aber ist richtig die Verwertung des § 1 Abs. 2, wenn S. selber an der Geldkreditnahme beteiligt war.

Verwertet man den § 278, so wird die Auslegung des Gesetzes als Schutzgesetz überflüssig, aber auch unrichtig. Denn schließlich ist jedes Gesetz ein Schutzgesetz. Wir brauchen aber einen Schutz nicht, wenn das bürgerliche Recht den Beteiligten schon ausreichend schützt. Die Schutzeigenschaft wird durch die in dem Gesetz selber enthaltenen Strafdrohungen (§§ 5 ff., 26) erschöpft.

Daß der Kl. sich die auf andere Forderungen verrechneten Gelder anrechnen lassen muß, ist von dem RG. richtig bemerkt.

Mit dem Zwischenkredit steht es m. E. so: Steckt der Gegenwert des Zwischenkredits in dem Bau, dann erhalten die Baugläubiger in der Hypothek ihre ihnen vom Gesetz zugedachte Vergütung in vollem Umfange. Die Best. des Geldgebers — und hierin weiche ich von dem RG., auch in seinem früheren Urt., ab — besagt nichts. Es kommt darauf an, welche Bauwerte auf Grund des Zwischenkredits geschaffen sind. Damit ist auch die Zinsenfrage entschieden. Konnten die Bauwerte nicht ohne die Zinsen des Zwischenkredits geschaffen werden, dann darf der Baugeldempfänger das Baudarlehen auch zur Bezahlung der Zinsen verwenden. Ich wüßte nicht, wie es anders sein könnte. Entscheiden soll doch, ob das Baudarlehen unmittelbar oder mittelbar auf den Bau verwandt worden ist. War der „Zwischenkredit" zu anderen Zwecken gegeben, so spielt das dann jedenfalls keine Rolle, wenn das Zwischendarlehen tatsächlich in den Bau hineingesteckt worden ist. Mag sich der Geldnehmer mit dem Zwischenkreditgeber auseinandersetzen, für sein Verhältnis zu den Baubeteiligten und Baugläubigern spielt das keine Rolle, hier entscheidet allein die in rem versio. Keinenfalls kann der Kreditgeber den Kreditnehmer von seiner Verantwortlichkeit gegenüber den Baugläubigern entlasten. Jedenfalls kann weder dem KG. noch dem RG. zugestimmt werden, die Sache liegt anders und m. E. einfacher.

Es ist kein Zufall, daß Kl. ein Malermeister ist, Maler sind die letzten im Bau und den „letzten beißen die Hunde". Was soll nun mit seinen Gesellen werden, wenn der Meister in Konkurs verfällt? Trotz ihres Konkursvorrechtes können sie sehr wesentlich ausfallen. Es wird praktisch ja nicht allzuviel dabei herauskommen, aber immerhin ist den Gesellen die direkte Haftung des Baugeldnehmers wenigstens ein kleiner Ersatz.

Geh. Justizrat Prof. Dr. Krückmann, Münster i. Westf.

fertigen gesucht, daß S. sich, als Bauunternehmer des besten Rufes erfreut habe, sehr wohlhabend gewesen sei und in geordneten Verhältnissen gelebt habe und ausgeführt, daß er ihm als Miteigentümer des Grundbesitzes und Teilhaber bei dessen Verwertung deshalb habe unbesorgt die Baugelder zu bestimmungsgemäßer Verwendung überantworten und von einer Überwachung absehen können, und behauptet, von dem gesetzwidrigen Verfahren S.s keine Kenntnis erhalten zu haben. Das BG. will dies nicht als Entschuldigung gelten lassen. Die durch § 1 auferlegte Verwendungs- und Prüfungspflicht könne nicht dadurch eine Einschränkung erfahren, daß als Baugeldempfänger mehrere Personen in Frage kämen. Denn der Zweck der gesetzlichen Vorschrift würde vereitelt werden, wenn in einem solchen Falle der eine Baugeldempfänger dem anderen, wenn auch in dem Vertrauen, daß er den bestimmungsgemäßen Gebrauch machen werde, das Baugeld ohne Nachprüfung, zur Befriedigung welcher Forderungen es benutzt werde, überlassen könnte. Vielmehr müsse dann jeden einzelnen Baugeldempfänger die Verpflichtung treffen, die gesetzmäßige Verwendung des ihnen gemeinsam gegebenen Baugeldes zu überwachen. Es sei daher im Rahmen der gesetzlichen Haftung jeder von ihnen für die durch den anderen vorgenommene zweckwidrige Verwendung von Baugeld in derselben Weise wie für eine eigne verantwortlich, da die ihm auferlegte Prüfungspflicht die Pflicht umfasse, jede zweckwidrige Verwendung des Baugeldes zu verhindern, und mehrere Baugeldempfänger darüber nur gemeinsam zu verfügen befugt seien und daher jeder von ihnen einer nicht bestimmungsgemäßen Verwendung vorbeugen könne.

Diese Erwägungen können nicht als richtig anerkannt werden. Allerdings war der Bekl. als Mitempfänger der Baugelder grundsätzlich ebenso wie S. verpflichtet, für deren gesetzmäßige Verwendung zu sorgen; mit der Begr. allein, daß er sich um die Baugelder nicht gekümmert, sondern deren Einziehung und bestimmungsmäßige Verwendung S. übertragen und von dessen gesetzwidrigem Verfahren nichts gewußt habe, würde er sich deshalb der Verantwortung für die eingetretene Schädigung von Baubeteiligten nicht entziehen können. Wohl aber würde der Bekl. befugt gewesen sein, in der zwischen ihm und S. möglicherweise begründeten Grundstücksverwertungsgesellschaft durch Vereinbarung mit diesem die Geschäftsführung so zu regeln, daß die Besorgung jener Geldangelegenheiten S. allein übertragen wurde, vorausgesetzt nur, daß er seinen Mitgesellschafter für eine vertrauenswürdige Person hielt und halten durfte, von der die gewissenhafte Erfüllung der gesetzlichen Vorschr. zu erwarten war (RG. 91, 77). Freilich hätte er trotzdem eingreifen müssen, wenn ihm später Umstände bekannt geworden sein sollten, die Zweifel an der gesetzmäßigen Verwendung der Baugelder durch S. erwecken konnten, und lag ihm gleichwohl die Pflicht ob, auf derartige Umstände zu achten, weil er sich keinesfalls jeder Überwachung S.s nach dieser Richtung hin entschlagen konnte, wenn er sich dabei auch innerhalb der durch die grundsätzliche Übertragung der Verwaltung der Baugelder an jenen als Bauausführenden und Mitgesellschafter und dessen Vertrauenswürdigkeit gezogenen Grenzen halten durfte. Nicht wesentlich anders würde es in dieser Hinsicht sein, wenn die Bauausführung in dem Vertrage vom 29. Nov. 1928 an S. nicht als ein Teil der ihm als Gesellschafter obliegenden Leistungen übertragen gewesen sein sollte, sondern als eine von dem Gesellschaftsverhältnisse unabhängige, von der Gesellschaft zu entlohnende Leistung an diese i. S. des § 631 BGB.; nur wäre dann dem Bekl. eine entsprechend schärfere Überwachung und Nachprüfung zuzumuten gewesen.

Die Rev. beanstandet es daher m. R., daß das RG. jenes Vorbringen des Bekl. als schlechthin unerheblich angesehen und darum auf seine tatsächliche Richtigkeit nicht geprüft hat.

Nicht haltbar ist auch die Begr., mit der das BG. über den Einwand des Bekl. hinweggegangen ist, der Kl. habe in Wirklichkeit einen der Klageforderung gleichen Betrag von S. aus den Baugeldern erhalten und sei nur deshalb für seine Beteiligung an den mit dem Baugelde zu errichtenden Bauten nicht befriedigt, weil er jene Zahlungen auf ältere Ansprüche gegen S. verrechnet habe. Freilich hätte S. es zu einer solchen Verrechnung nicht kommen lassen dürfen, weil diese Verwendung des Geldes der gesetzlichen Vorschr. widersprach. Wenn indes der Kl., als er die Verrechnung vornahm, um die Herkunft der empfangenen Zahlung aus den Baugeldern gewußt haben sollte, so würde er sich an der unerlaubten Handlung, die in der gesetzwidrigen Verwendung des Geldes lag, beteiligt, zum mindesten aber ihr zugestimmt haben und deshalb für seinen Teil aus ihr keine Schadensersatzansprüche herleiten können. Auf jeden Fall aber würde ihm durch dieselbe Handlung, durch die ein zu seiner Befriedigung hinreichender Teil der Baugelder seiner gesetzmäßigen Verwendung entfremdet worden ist, unmittelbar auch die Deckung für gleich große alte Forderungen zugefallen sein; er müßte sich daher nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung den so erhaltenen Gewinn auf seinen Schaden anrechnen lassen, sofern nicht anzunehmen sein sollte, daß er die Deckung für seine alten Forderungen auf jeden Fall erhalten hätte.

(U. v. 1. Okt. 1932; 165/32 IX. — Berlin.) [H.]

<= RG. 138, 156.>

16. §§ 489 ff., 501 HGB. Vertragsverhältnis zwischen mehreren Personen zur Betreibung der Schiffahrt mit einem bestimmten Schiff, das nicht als offene Partenreederei abgeschlossen ist, aber als stille Reederei nach den Regeln der Reederei einschließlich des Abandonrechtes zu behandeln ist. †)

Im April 1923 versandte die Firma P. J., eine OHG., deren Gesellschafter die Kl. sind, ein Rundschreiben, in dem sie mitteilte, daß sie den Dampfer D. erworben habe, und daß derselbe unter dem Namen „Fingal" ihre Flagge fahren werde. Der Einstandspreis stelle sich auf etwa 55000 $. Sie lade zur Beteiligung an dem Dampfer ein. Das Schreiben fährt fort:

„Es sollen 550 Anteile zu je 10000 ℳ ausgegeben werden mit der Verpflichtung des Zeichners, auf je 10000 ℳ Beteiligung ein Darlehen von 100 $ zu geben. Die Buchung der Zeichnung erfolgt mit dem Markbetrage als Kommanditanteil an der J.-Linie und mit dem Dollarbetrage als Darlehen auf D. Fingal, wofür dieses Schiff allein haftet. Das vom Geber nicht kündbare Darlehen soll aus dem Gewinn dieses Schiffes mit 7% jährlich verzinst und im übrigen ehestens abgetragen werden. Die Rückzahlung des Darlehens erfolgt in Dollar.

Die Inhaber der Kommanditanteile haben einstweilen lediglich Anteil an dem Eigentum und Betrieb des D. Fingal, doch sollen nach Rückzahlung des Dollardarlehens die Kommanditanteile in voll berechtigte Kommanditanteile der J.-Linie umgewandelt werden."

Die Firma P. J. betrieb bis zum Jahre 1920 mit mehreren von ihr erworbenen Handelsschiffen Partenreedereien, die von ihr als Korrespondentreeder geleitet wurden. Die Partenreedereien entstanden dadurch, daß die Firma P. J. in Rundschreiben zur Beteiligung aufforderte. Die Beteiligung

---

Zu 16. Nach der Meinung des RG. geht das BU. zwar ohne Rechtsirrtum davon aus, daß eine Reederei i. S. der §§ 489 ff. HGB. nicht besteht, unterläßt aber mit Unrecht die Prüfung, ob nicht eine sog. stille Reederei vorlag. Das RG. führt eine Mehrzahl von Best. des Vertrages an, die dem BerR. zu prüfen geboten, ob es sich in dem Vertragsangebot v. 18. April 1923 um den üblichen Vertrag über eine stille Reederei handelte. Es müßte nun schon sehr auffallen, wenn gerade das HansOLG. trotz seiner besonderen Vertrautheit mit den Tatsachen und dem Recht des Seeverkehrs an einem ihm angehörenden rechtlichen Gebilde achtlos vorübergegangen wäre, das einen üblichen Vertragstypus darstellte und von dem HansOLG. selbst als solcher früher bereits anerkannt worden ist (HansRGZ. B 1929 Sp. 182 f.). Im vorl. Falle aber kommt ein Übersehen dieses Vertragstypus um so weniger in Frage, als das BU. selbst in seinem Tatbestand als die von dem erstinstanzlichen Urt. in Übereinstimmung mit einer vorausgegangenen Entsch. des OLG. Kiel angenommene Konstruktion der Beteiligung der Bekl. „eine Art Partenreederei im Innenverhältnis der Parteien, verbunden mit einer Treuhänderschaft der J.-Linie" bezeichnet (HansRGZ. B 1932 Sp. 388). Hiernach ist das von der landgerichtlichen Entsch. unterstellte Rechtsverhältnis augenscheinlich als das einer sog. stillen Reederei verstanden. Dementsprechend muß auch unter dem „selbstän-

geschah in der Weise, daß ein Teil der eingezahlten Beträge als Partenkapital und ein anderer Teil als verzinsliches Darlehen gebucht wurde. Bis zum Juni 1920 bestanden 15 einzelne Partenreedereien. In diesem Jahre wurden sie durch Vereinbarung mit den Parteninhabern in eine KommandG. unter der Firma J.-Linie umgewandelt; die Kl. wurden persönlich haftende Gesellschafter, die Parteninhaber Kommanditisten. Die Bekl. nahm seit 1918 an den Partenreedereien teil und wurde bei der Umwandlung i. J. 1920 Kommanditistin. Auf das Rundschreiben der Kl. vom April 1923 erklärte sich die Bekl. telegraphisch und brieflich bereit, sich an dem Dampfer Fingal mit 100 Anteilen gleich 1 000 000 *M* und einem Darlehen von 10 000 $ zu beteiligen. Sie hat diese Beträge auch bezahlt. Der Dampfer Fingal war im Schiffsregister auf den Namen der J.-Linie eingetragen. Da mit dem Dampfer nicht die erwarteten Gewinne erzielt wurden, teilte die J.-Linie durch Schreiben vom März 1927, gerichtet an die „Mitreeder", mit, daß der Dampfer nicht in die Gesellschaft aufgenommen werden könne, weil er zu große Schulden habe, und daß Verhandlungen über den Verkauf des Dampfers schwebten. Im Juli 1926 verkauften die Kl. den Dampfer freihändig zum Preise von 6500 £. Die Kl. behaupten, aus dem Erwerb, dem Betriebe und der endlichen Verwertung des Dampfers habe sich ein Gesamtverlust von 226 230,26 *RM* ergeben. Sie hätten die gesamten Schulden des Dampfers aus ihren eigenen Mitteln gedeckt. Die Bekl. sei als Mitreeder zum anteilmäßigen Ausgleich verpflichtet. Diesen Ausgleichsbetrag fordern die Kl. Die Bekl. bestritt, daß ein Partenvertrag abgeschlossen worden sei, wie es bei früheren von den Kl. erworbenen Dampfern gewesen sei. Es liege nur eine Beteiligung als Kommanditist und eine Darlehensgewährung vor. LG. hat durch Teilurteil verurteilt, BG. abgewiesen, RG. hat aufgehoben.

Der Streit der Parteien geht dahin, ob durch den Vertrag, dessen Abschluß die Firma P. J. der Bekl. durch das Schreiben vom April 1923 angeboten hat und der durch Übernahme von 100 Anteilen durch die Bekl. zustande gekommen ist, ein Rechtsverhältnis begründet worden ist, nach dem die Bekl. verpflichtet war, nach dem Maße ihrer Beteiligung am Verlust des Dampfers Fingal teilzunehmen, oder ob sie nur zur Leistung der im Angebotsschreiben bezeichneten Zahlungen von je 10 000 PM. und je 100 $ pro Anteil verpflichtet war. Das BG. kommt zu dem Ergebnis, der Inhalt des Angebotsschreibens habe von der Bekl. in dem von ihr im Prozesse vertretenen Sinne der beschränkten Haftung auf die Papiermarkeinlage und das sog. Darlehen aufgefaßt werden können. Sei es schon zweifelhaft, ob das Angebotsschreiben zur Zeit seiner Absendung von der Firma P. J. in dem von ihr in einem Rundschreiben vom März 1925 (als schon erhebliche Verluste eingetreten waren) vertretenen Sinne unbeschränkter Haftung der Bekl. aufgefaßt worden sei, so seien noch ernsthaftere Zweifel darüber begründet, ob das genannte Einladungsschreiben von der Bekl. in dem von der Kl. behaupteten Sinne verstanden werden mußte. Diese Zweifel gründeten sich in erster Linie auf den Satz des Einladungsschreibens: „Die Buchung der Zeichnung erfolgt mit dem Markbetrage als Kommanditanteil an der J.-Linie und mit dem Dollarbetrage als Darlehen auf D. Fingal." Aus dem weiteren Inhalt des Schreibens habe die Bekl. zwar ersehen können, daß ihr einstweilen keine vollberechtigten Kommanditanteile an der J.-Linie angeboten wurden; wohl aber habe die Erläuterung die Möglichkeit offengelassen, daß sie einstweilen „minderberechtigte" Kommanditanteile erwerben solle, nämlich solche, die hinsichtlich Gewinn und Verlust nur Anteil an dem Dampfer Fingal, nicht aber an den übrigen Dampfern der J.-Linie gewährten. Weitere Zweifel ergäben sich aus der Tatsache, daß der wirtschaftliche Kern der Beteiligung, nämlich derjenige mit Dollarbeteiligung, unter der Bezeichnung als „Darlehen" gefordert wurde. Wenn es sich auch nicht um ein eigentliches Darlehen handle, da für das Darlehen nur das Schiff haften solle, so sei doch auch keineswegs zum Ausdruck gebracht, daß über den Verlust des eingezahlten Betrages hinaus die Darlehenshingabe auch noch die Gefahr einer Verpflichtung zu Nachzahlungen mit sich brachte. Sicher sei, daß der Begriff „Kommanditanteil" im Geschäftsleben als typischer Ausdruck einer Beteiligung mit beschränkter Haftung gebraucht und verstanden werde, und daß sich mit dem Worte „Darlehen" der Gedanke eines Rückforderungsrechtes, niemals aber derjenige einer Nachzahlungspflicht verbinde. Das Schreiben stelle den Anteilszeichnern einen Anteil am Eigentum des Dampfers Fingal in Aussicht. Tatsächlich sei der Dampfer von der J.-Linie erworben und auf ihren Namen ins Schiffsregister eingetragen und bei diesem Zustande sei es auch nach der behaupteten Gesellschaftsgründung geblieben. Die Erklärung dieses Widerspruchs dahin, daß die J.-Linie das Eigentum nur treuhänderisch für die neu gegründete Gesellschaft innegehabt habe, finde weder eine Stütze in dem Wortlaut des Schreibens, noch sei seitens der Kl. behauptet, daß die Übertragung des Eigentums auf die Gesellschaft in irgendeiner Form vereinbart oder erfolgt sei. Eine neu gegründete Gesellschaft hätte geschäftsführende Gesellschafter oder, wenn es sich um Partenreederei handelte, einen Korrespondentreeder haben müssen. Über diesen Punkt enthalte das Schreiben vom April 1923 gleichfalls nichts. Diese offensichtlichen Lücken der von der Kl. behaupteten Gesellschaftsgründung mußten oder konnten doch nach der Ansicht des BG. von den Empfängern des Schreibens dahin aufgefaßt werden, daß es sich eben nicht darum handelte, ein neues Unternehmen auf gesellschaftlicher Basis ins Leben zu rufen, sondern eine — allerdings qualifizierte — Kommanditbeteiligung an der J.-Linie zu erwerben. Der BerR. lehnt dann einen Einfluß der späteren Berichte der Kl. und des Verhaltens der Bekl. dazu auf die Auslegung des Vertrages ab. Nach der Auslegungsregel, daß derjenige, der einen Plan ausgearbeitet und das Angebot formuliert hat, die für ihn ungünstige Auslegung gegen sich gelten lassen müsse, entscheidet der BerR. sich für die Auslegung der Bekl.

Die Rev. der Kl. ist gerechtfertigt. Bei Prüfung des Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien geht der BerR.

---

digen, von der J.-Linie unabhängigen, auf gesellschaftlicher Basis beruhenden, den Grundsätzen der Parteienreederei unterliegenden Schiffahrtsunternehmen", dessen Vorliegen das BU. im weiteren Verlauf entgegen der klägerischen Behauptung in Abrede stellt, eine sog. stille Reederei verstanden werden. Daß das BU. sich dieser Bezeichnung nicht bedient, kann hieran nichts ändern (nebenbei bemerkt enthält die Bezeichnung eine contradictio in adiecto, weil es zum Wesen der Reederei gehört, daß sie nach außen in die Erscheinung tritt, die „stille Reederei" daher der vom HGB. absichtlich vermiedenen „stillen Handelsgesellschaft" entspräche). Nicht darum handelt es sich also, daß das BG. eine mögliche Auffassung der Rechtslage unbeachtet gelassen, sondern darum, ob es sie mit oder ohne Grund für den gegebenen Fall abgelehnt hat. Das ist auch die Anschauung von Wüstendörfer, der der „stillen Reederei" zuerst eine nähere wissenschaftliche Untersuchung gewidmet hat, und der nun dem BU. eine im übrigen mit dem etwas jüngeren Urt. des RG. stellenweise bis in den Wortlaut übereinstimmende Besprechung hat zuteil werden lassen (HansRGZ. A 1932 Sp. 433 ff.).

Mit dem RG. ist in dem Schreiben der Kl. v. 18. April 1923 ein auf Eingehung einer „stillen Reederei" gerichtetes Vertragsangebot zu erblicken. Nicht ebenso gewiß ist, daß dieser Inhalt des Vertragsangebots von der Bekl. erkannt worden ist, oder daß sie im Hinblick auf die Verkehrsüblichkeit der stillen Reederei sich auf ihre Unkenntnis nicht berufen kann. Daraus, daß die Bekl. „bereits wiederholt allerdings offene Partenverträge abgeschlossen hatte und deshalb auf dem Gebiete der Schiffahrt nicht ganz unerfahren war", wird schwerlich ein entsprechender Schluß gezogen werden können. Indessen dürfte es hierauf nicht ankommen. Auch wenn angenommen wird, daß die Parteien eine „stille Reederei" errichtet haben, ist darum der Klaganspruch noch nicht begründet. Mit Recht weist das RG. darauf hin, daß die Parteien auch bei Eingehung einer stillen Reederei in einzelnen Beziehungen Abweichungen von den an und für sich geltenden Best. vereinbaren können, daß sie insbes. im vorl. Falle die Haftung des Zeichners auf die Papiermarkleistung und das Darlehen beschränken konnten. Eben das scheint aber hier geschehen zu sein. Die Buchung der Zeichnungen als Kommanditanteile F. an der J.-Linie ist mit Rücksicht auf den sonstigen Vertragsinhalt mit dem RG. nicht i. S. der Gründung einer KommGes. zu verstehen. Aber wenn auch die Anteile „nicht rechtstechnisch" als Kommanditanteile bezeichnet sind, ist darum nicht gesagt, daß aus der Verwendung des Ausdrucks „Kommanditanteile" sich für die Beschränkung der Haftung der Bekl. auf ihre Papiermarkeinlage und das sog. Darlehen nichts ergebe. Der Ausdruck „Kommanditanteile" ist nicht nur in der Best. über die Buchung verwendet, sondern es

zwar ohne Rechtsirrtum davon aus, daß eine Reederei i. S. der §§ 489 ff. HGB. nicht besteht. Denn nach außen sind die Prozeßparteien nicht in der Weise aufgetreten, daß sie ein ihnen (und anderen) gemeinschaftlich zustehendes Schiff zum Erwerbe durch die Seefahrt für gemeinschaftliche Rechnung verwendeten. An der Gemeinschaftlichkeit des Schiffes würde es zwar nicht fehlen. Denn nach § 474 HGB. kann bei der Veräußerung eines zum Erwerb durch die Seefahrt bestimmten Schiffes oder einer Schiffspart die nach den Vorschr. des bürgerlichen Rechtes zum Eigentumsübergang erforderliche Übergabe durch die zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber getroffene Vereinbarung ersetzt werden, daß das Eigentum sofort auf den Erwerber übergehen soll. Diese Vereinbarung könnte gefunden werden in dem Satze des Angebotsschreibens: „Die Inhaber der Kommanditanteile haben einstweilen lediglich Anteil an dem Eigentum und Betrieb des D. Fingal ...“ Es fehlte nur an dem Willen, nach außen den Betrieb in Form der Reederei zu führen. Das BU. unterläßt aber die Prüfung, ob nicht eine sog. stille Reederei vorlag, also ein Rechtsverhältnis, bei dem der eine Vertragsteil nach außen allein als Reeder auftrat, im inneren Verhältnis aber die Rechte und Pflichten bestanden, wie sie auch bei der offenen Reederei galten. Die Zulässigkeit der Vereinbarung eines solchen Rechtsverhältnisses unterliegt nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit keinen rechtlichen Bedenken. Die Begr. der stillen Reederei hatte zur Zeit des Vertragsschlusses auch schon Eingang in das Verkehrsleben gefunden und war auch schon im Schrifttum behandelt worden (vgl. Wüstendörfer: Ehrenbergs Handb. des Handelsr., VII 2 S. 501 ff.). Danach war es damals entsprechend der kapitalistischen Entwicklung schon üblich geworden, daß statt des vom HGB. als Regel angenommenen gemeinschaftlichen Erwerbs eines Seeschiffes durch mehrere Unternehmer zum Zwecke des Erwerbs durch die Seefahrt auf gemeinschaftliche Rechnung ein einziger Unternehmer das Schiff auf eigene Rechnung erwarb und die Seefahrt nach außen auf seinen Namen betrieb, daß er aber zur Aufbringung des Erwerbs- und Betriebskapitals Geldgeber suchte, die sich mit bestimmten, in der Regel gleichen Anteilen als Geldgeber beteiligten, nach Maßgabe ihrer Beteiligung am Gewinn und Verlust teilnahmen und im inneren Verhältnis die Stellung eines Mitreeders hatten. Es war auch damals schon üblich, daß nur ein Teil des gezeichneten Betrages als Einlage, ein anderer als Darlehen gegeben wurde. Der Vertrag der Parteien, wie er durch Annahme des Angebots der Firma P. J. zustande gekommen ist, enthält nun Best., wie sie der bereits in Übung gekommenen stillen Reederei eigentümlich sind. Die Firma P. J. hatte wie schon früher ein Schiff zum Betrieb der Seefahrt erworben und suchte Geldgeber für die Beteiligung an der Ausnutzung des Schiffes. Für einen typischen Vertrag sprach auch die Einteilung in gleichmäßige, verhältnismäßig kleine Beteiligungen, die ähnlich wie bei der AktG. die Heranziehung einer großen Anzahl von Geldgebern ermöglichte, denen es in der Hauptsache auf die werbende Anlage ihres Geldes und nicht auf persönliche Einwirkung auf den Geschäftsbetrieb und das Hervortreten nach außen ankam. Diese Art der Stückelung der Beteiligung erleichterte ferner, wie bei der Aktie, die Weiterveräußerung der Anteile. Auf der anderen Seite stand die Firma P. J., die nach ihrer Stellung in der Schiffahrt zur Betriebsleitung berufen war. In Übereinstimmung mit der stillen Reederei wurde auch ein Teil der Leistung als Darlehen bezeichnet, das aus dem Gewinn des Schiffahrtsbetriebes erstattet werden sollte. Dem Typ der stillen Reederei entsprach ferner die Beschränkung der Haftung für das „Darlehen“ auf das Schiff. Diese Best. des Vertrages geboten die Prüfung durch den BerR., ob es sich auch in dem Vertragsangebot vom April 1923 um den üblichen Vertrag über eine stille Reederei handelte, und ob dies nicht auch der Bekl., die bereits wiederholt allerdings offene Partenverträge abgeschlossen hatte und deshalb auf dem Gebiete der Schiffahrt nicht ganz unerfahren war, erkennbar war. Lag ein typisches Angebot vor, so konnte die Bekl. sich auch nicht darauf berufen, daß sie die rechtliche Tragweite des Angebots tatsächlich nicht erkannt habe. Nun konnten die Parteien im einzelnen Fall trotz Vorliegens verschiedener, der stillen Reederei üblichen Best. etwas anderes vereinbart haben, insbes. konnten sie vereinbaren, daß die Haftung des Zeichners auf die Papiermarkleistung und das Darlehen beschränkt sein sollte. Ob eine solche Abweichung vereinbart ist, ist Sache der Vertragsauslegung, die aus dem Wortlaut der Urkunde, dem Vergleich mit dem Wortlaut anderer Verträge und anderen Tatsachen geschöpft werden kann.

Die Bedenken, die das BG. allein aus dem Wortlaut des Vertragsangebots herleitet, sind nicht geeignet, die von der Bekl. behauptete Haftungsbeschränkung zu stützen.

Um eine unbeschränkte Haftung handelt es sich auch bei einer stillen Reederei nicht. Denn auch der stille Mitreeder, der im Innenverhältnis die gleiche Rechtsstellung wie der offene Mitreeder hat, haftet im inneren Verhältnis nicht weiter als der letztere. Er kann namentlich durch Ausübung des Abandonrechts seine Haftung beschränken (§ 501 HGB.). Es besteht auch nicht eine Vertragslücke insofern, als es an einer Vertragsbest. über einen geschäftsführenden Gesellschafter oder einen Korrespondentreeder fehlt. Weder bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts noch bei der Reederei ist die Bestellung eines Geschäftsführers notwendig. Außerdem kann sie auch stillschweigend geschehen. Im vorl. Falle ergab sich die Bestellung der Firma P. J. oder der mit ihr durch die gemeinsamen Gesellschafter, die Kl., verbundenen J.-Linie ohne weiteres aus ihrer Stellung in der Schiffahrt und bei dem Erwerb und dem Betrieb des Dampfers. Der Wortlaut der Urkunde ergibt, obwohl sie von Kommanditanteilen an der J.-Linie spricht, auch nicht, daß die Bekl. nur Kommanditist i. S. des HGB. werden sollte. Es ist schon unwahrscheinlich, daß die Parteien, die Großgewerbetreibende sind und den Wert der deutschen Papiermark zur Zeit des Vertragsschlusses, im April 1923, genau kannten, Kommanditanteile mit einer Einlage von 10000 PM. gleich etwa 1,30 GM. schaffen wollten. Namentlich kann dies nicht von der Firma P. J., der Eigentümerin des Schiffes, gewollt

---

werden auch im folgenden Absatz des Schreibens die Anteile der Zeichner Kommanditanteile „F.“ genannt und den vollberechtigten Kommanditanteilen der J.-Linie gegenübergestellt. Daraus, daß jene Kommanditanteile F. erst später in vollberechtigte Kommanditanteile der J.-Linie umgewandelt werden sollen, folgt nicht, daß ihre Funktion zunächst nur eine buchmäßige war. Das Gegenteil ergibt sich eben aus dem vorangehenden Satze, daß die Inhaber der Kommanditanteile „F.“ einstweilen lediglich Anteil an dem Eigentum und Betrieb das D. „Fingal“ haben. Sie sind vorerst nicht Kommanditisten der J.-Linie, sondern Mitglieder einer Gesellschaft, die durch den Betrieb der Seefahrt mittels des ihnen gehörenden Dampfers Fingal Gewinn zu erzielen bezweckt. Diese Gesellschaft ist als eine „stille Reederei“ zu betrachten. Wenn aber die Anteile der Gesellschafter als Kommanditanteile bezeichnet werden, und dies nicht ganz ohne Sinn sein soll, wird dadurch eben ausgedrückt sein, daß die Gesellschafter der stillen Reederei gleich Kommanditisten nicht über die von ihnen gezeichneten Anteile hinaus für Verluste einstehen, daß sie also insoweit hinsichtlich des Betriebes des Dampfers Fingal schon jetzt dieselbe Stellung einnehmen sollten, die ihnen für die Zeit nach Rückzahlung der Dollardarlehen hinsichtlich des Betriebes der J.-Linie überhaupt zugesichert wurde. In der Gewährung von Kommanditanteilen liegt somit eine gem. § 490 HGB. zulässige Wegbedingung der den gezeichneten Betrag überschreitenden Haftung, die §§ 500 ff. HGB. für die Reederei eintreten lassen, und die im Innenverhältnis der Teilhaber an sich auch bei der „stillen Reederei“ platzgreift. Es ist klar, daß durch das Angebot einer solchen Vereinbarung die Anziehungskraft des klägerischen Vertragsantrags wesentlich gesteigert wurde. Daher wäre es durchaus verständlich, wenn die Kl., um dies zu bewirken, die Anteile eben als Kommanditenanteile bezeichnet und angeboten hätten. Ist dem aber nicht so, und hat wirklich, wie Wüstendörfer (a. a. O. Sp. 435 f.) meint, „der Briefschreiber als Laie in Rechtssachen“ nur eine „schiefe und laienhafte Ausdrucksweise“ gebraucht, so läßt sich doch nicht annehmen, daß der Empfänger des Schreibens dies hätte erkennen können. Er mußte glauben, daß unter den Kommanditanteilen „F.“ besonders geartete Anteile „F.“ zu verstehen seien, und da bot sich ihm füglich nach altem Sprachgebrauch die Einschränkung der Haftung auf den gezeichneten Anteil als die dem „Kommanditanteil“ zugedachte Besonderheit dar. Gegenüber solcher Einschränkung trat für den praktisch denkenden Kaufmann die Frage durchaus in den Hintergrund, ob die Haftung nicht über den gezeichneten Anteil hinaus kraft Rechtssatzes innerhalb einer Kommanditgesellschaft oder kraft Parteienabrede innerhalb einer „stillen Reederei“ platzgreife.

Geh. JR. Prof. Dr. Max Pappenheim, Kiel.

sein. Wären die 10000 PM., die pro Anteil gezahlt werden sollten, die alleinige Gegenleistung, die den Anteilserwerbern endgültig zur Last fallen sollten, so stünde diese in keinem rechten Verhältnis zu dem Wert der Anteile an dem Schiff, die die Firma P. J. aus der Hand gab. Hätte die letztere sämtliche 550 Anteile zu 550 × 10000 PM. veräußert, so hätte sie zwar nicht mehr am Gewinn teilgenommen, aber da die J.-Linie, für die ihre Gesellschafter hafteten, nach außen die Schiffahrt mit dem Dampfer betrieb, für den Verlust allein aufkommen müssen. Dies kann unmöglich gewollt sein. Vielmehr liegt es nahe, daß das sog. Dollardarlehen in Wirklichkeit die Gegenleistung für die Überlassung der Anteile war. Dafür spricht auch die Best. des Rundschreibens, daß das Darlehen von den Geldgebern nicht gekündigt werden konnte. Die Zusage, daß es chestens abgetragen werden sollte, hatte nur die Bedeutung einer Vereinbarung über die Verteilung eines etwaigen Gewinns. Jedenfalls hätte es noch einer Erörterung über die rechtliche Natur des sog. Darlehens bedurft, namentlich in der Richtung, wie die Darlehensvaluta verwendet werden sollte (etwa zur Deckung des Kaufpreises des Schiffes oder als Betriebskapital oder als Vergütung für die Firma P. J. für die Abtretung ihrer Anteile). Auch wenn es sich bei dem Dollardarlehen um ein echtes Darlehen im Rechtssinne gehandelt hätte, so folgt daraus noch nichts gegen die Haftung der Bekl. über den gezeichneten Betrag von 10000 PM. und die Darlehenssumme hinaus und gegen das Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses, das diese Haftung zur Folge hat. Die Vertragsbest. „die Buchung der Zeichnung erfolgt mit dem Markbetrage als Kommanditanteil an der J.-Linie" hatte, wofür schon ihr Wortlaut spricht, nur eine buchtechnische Bedeutung. Was in Wirklichkeit gewollt war, ergibt sich klar aus dem weiteren Inhalt der Urkunde: Eine kommanditistische Beteiligung an der J.-Linie war erst für später in Aussicht genommen. Denn die — nicht rechtstechnisch — als Kommanditanteile bezeichneten Anteile sollten erst nach Rückzahlung des „Dollardarlehens" „in voll berechtigte Kommanditanteile der J.-Linie umgewandelt werden". Die Funktion der Papiermarkanteile war also zunächst nur eine buchmäßige; sie waren ein buchmäßiger Markposten für die aus dem Ergebnisse des Geschäfts mit dem Dampfer Jingal erst aufzufüllenden und zu bildenden vollberechtigten Anteile. Was bis dahin gelten sollte, sagt klar der Satz: „Die Inhaber der Anteile haben einstweilen lediglich Anteil an dem Eigentum und Betrieb des Dampfers Jingal." Aus der Verwendung des Ausdrucks „Kommanditanteil" in der Best. über die Buchung ergibt sich somit nichts für die Beschränkung der Haftung der Bekl. auf ihre Papiermarkeinlage und das sog. Darlehen.

Daß die Parteien eine Gesellschaft mit dem Zwecke, durch Betrieb der Seefahrt auf gemeinsame Rechnung Gewinn zu erzielen, bilden wollten, zeigen schon die Best. über die Verwendung des Gewinnes, zunächst zur Abdeckung des Darlehens, sodann als Grundlage für die spätere Beteiligung an der KommandG. J.-Linie. Dafür, daß diese Gesellschaft eine solche des bürgerlichen Rechts sein sollte, bietet der Sachverhalt keinen Anhalt. Dagegen spricht der Umstand, daß es sich um den Betrieb der Seefahrt handelt, dafür, daß die Parteien eine der für diesen Erwerbszweig üblichen Formen wählten. Für die Form der stillen Reederei im Gegensatz zu der von den Parteien früher betriebenen offenen Reederei lag ein Anlaß darin, daß ein Teil der Zeichner Ausländer waren und im Falle ihrer offenen Beteiligung das Schiff die deutsche Flagge nicht führen durfte.

(U. v. 27. Sept. 1932; 163/32 II. — Hamburg.) [Ku.]

**17. Eine nicht börsenterminsgeschäftsfähige Person kann die Bürgschaft für eine aus einem wirksamen Börsenterminsgeschäft herrührende Verbindlichkeit des Hauptschuldners nicht übernehmen.†)

Es handelte sich bei den zwischen der Kl. und dem Bekl. zu 1 abgeschlossenen Termingeschäften um offizielle Börsentermingeschäfte (§ 50 BörsG.) unter börsentermingeschäftsfähigen Personen. Die Geschäfte waren also für beide Teile verbindlich und unterlagen nicht dem Spiel- oder Differenzeinwand (§§ 53, 58 Satz 1 BörsG.). Der Bekl. zu 2 ist unstreitig nicht börsentermingeschäftsfähig. Die ihm gegenüber zu entscheidende Rechtsfrage ist daher die, ob eine nicht börsentermingeschäftsfähige Person die Bürgschaft für eine aus einem voll wirksamen Börsentermingeschäft herrührende Verbindlichkeit des Hauptschuldners übernehmen kann. In der Rspr. ist diese Frage, soweit ersichtlich, bisher nicht entschieden worden. Das BG. hat sie verneint. Es befindet sich dabei in Übereinstimmung mit Staub-Koenige, HGB., 4. Bd. S. 41 Anh. zu § 376 Anm. 26, sowie mit den Erläuterungsbüchern zum BörsG. von Nußbaum S. 253 und 296; Meyer S. 163 und Apt, 5. Aufl., S. 194[2]); während Düringer-Hachenburg-Breit, HGB., Bd. V,1, Anh. II zum Handelskauf Anm. 78 S. 503, und Anm. 81d S. 505; die Erläuterungsbücher von Bernstein S. 210ff. und Kahn, 2. Aufl., S. 283 sowie Neukamp im VerbandsKomm. z. BörsG. S. 259 den entgegengesetzten Standpunkt vertreten.

Die Entsch. hängt davon ab, ob die Vorschr. des § 59 BörsG. sich nur auf Vereinbarungen zwischen den Vertragsparteien des Termingeschäfts selbst bezieht oder auch auf solche Vereinbarungen, die zwischen dem Gläubiger und einem Dritten getroffen werden. Aus dem Wortlaut des § 59 kann für sich allein die Entsch. nicht mit Sicherheit entnommen werden. Die dort gebrauchten Ausdrücke „der eine Teil" und „der andere Teil" können sowohl auf die Vertragschließenden des Termingeschäfts wie auch auf die der neuen Vereinbarung bezogen werden (Nußbaum S. 296). Beachtlich ist aber immerhin — worauf Meyer S. 163 hinweist — die von der ähnlichen Vorschr. des § 762 Abs. 2 BGB. abweichende Fassung des § 59. Schon diese Abweichung läßt einen Schluß darauf zu, daß der Gesetzgeber mit der Vorschr. des § 59 nicht lediglich Vereinbarungen zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien im Auge hatte. Vor allem aber erfordert es, wie das BG. zutreffend ausgeführt hat, der Zweck der §§ 52ff. BörsG., die Vorschr. des § 59 auch auf Vereinbarungen des Termingläubigers mit einem Dritten zu beziehen, durch die der Dritte zum Zwecke der Erfüllung der Schuld aus einem Börsentermingeschäfte dem Gläubiger gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, also insbes. auch auf die Übernahme von Bürgschaften.

Nach der Begr. zum Entw. eines Ges. betr. Änderung des BörsG. (Verhandlungen des RT. 12. LegPer., 1. Sess., Aktenstück Nr. 483, Anl. Bd. V S. 2602ff., 2609) bezweckte der Entw. die Schaffung einer Börsenrechtssphäre, innerhalb deren allein dem Börsenterminhandel völlige Freiheit eingeräumt werden könne. Die Lösung der Frage sollte auf dem Wege angestrebt werden, daß die Personenkreise, welche wirksam Börsentermingeschäfte abschließen können, durch das Ges. selbst bestimmt werden. Die Frage wurde deshalb dahin gestellt, welche Personenkategorien einen besonderen Schutz gegen die aus der Teilnahme am Terminhandel erwachsenden Gefahren nicht beanspruchen könnten. Die Haftung des Publikums sollte auf bestellte reale Sicherheiten beschränkt werden, wobei die Wirksamkeit der Sicherheitsbestellung von der Wahrung strenger Formen abhängig sein sollte. Dem Börsenterminhandel sollte also innerhalb eines bestimmten Personenkreises völlige Freiheit gewährt und gleichzeitig dem außerhalb dieses Kreises stehenden Publikum die Beteiligung unter gewissen, den Gepflogenheiten des soliden Handels angepaßten Beschränkungen gestattet werden.

Aus diesen Erwägungen folgt als der Wille des Gesetzgebers, daß der erlaubte Börsenterminhandel nur innerhalb eines bestimmt abgegrenzten Personenkreises völlige Freiheit genießen und volle Wirksamkeit äußern solle. Die Haftung außerhalb dieses Personenkreises stehender Personen sollte auf die von ihnen in bestimmter Form bestellten realen Sicherheiten beschränkt sein (§ 54). Hiervon abgesehen soll-

Zu 17. Die von dem RG. dem § 59 BörsG. gegebene Auslegung, wonach die Vorschr. auf Vereinbarungen des Termingläubigers nicht nur mit dem Terminschuldner, sondern auch mit Dritten, und hier insbes. dann anzuwenden ist, wenn es sich um eine wirksame Terminschuld handelt, ist offenbar falsch.

Die Literaturangaben des Urt. sind ungenau. Bei Apt heißt es

ten die Geschäfte nicht termingeschäftsfähiger Personen unwirksam, wenn auch erfüllbar sein (§§ 55—57). Der hiernach vom Gesetzgeber verfolgte Zweck, nicht termingeschäftsfähige Personen gegen die aus der Teilnahme am Terminhandel erwachsenden Gefahren zu schützen, würde vereitelt werden, wenn jede nicht termingeschäftsfähige Person dem Gläubiger gegenüber zum Zwecke der Erfüllung fremder Terminschulden Verbindlichkeiten eingehen könnte. Dies nötigt dazu, die Vorschr. des § 59 auch auf Vereinbarungen des Gläubigers mit Dritten zu beziehen. Nach dem in § 59 für anwendbar erklärten § 52 ist daher eine Bürgschaft für ein erlaubtes Börsentermingeschäft nur nach Maßgabe der §§ 53 bis 56 wirksam. Da der Bekl. zu 2 nicht termingeschäftsfähig ist, so ergibt sich hieraus, daß durch die von ihm übernommene Bürgschaft eine klagbare Verbindlichkeit nicht begründet worden ist.

Mit RG. 85, 380[1]) setzt sich der erk. Sen. damit nicht in Widerspruch. Diese Entsch. betraf eine Darlehnsaufnahme des Schuldners bei einem Dritten, also ein selbständiges Rechtsgeschäft, das mit dem Termingeschäft in keinem rechtlichen Zusammenhange steht, während es sich hier um die übernahme einer akzessorischen Verbindlichkeit seitens eines Dritten gegenüber dem Gläubiger handelt.

(U. v. 16. März 1933; IV 9/33. — Köln.) [Ka.]

ausdrücklich, daß Verbindlichkeiten, die von einem Dritten eingegangen werden, wirksam sind. Die Bemerkung, daß nur akzessorische Verpflichtungen Dritter unwirksam sind, bezieht sich auf den Fall der Unwirksamkeit der Terminschuld; sie ist eine selbstverständliche Folgerung aus der Akzessorietät, nicht aus § 59. Nußbaum hat die in seinem Komm. vertretene Ansicht mittlerweile in Ehrenbergs Hdb., 4. Bd. 2. Abt., Börsengeschäfte S. 669 auf den Fall, daß es sich um eine unverbindliche Terminschuld handelt, eingeschränkt. Auch Meyer hat wohl nur unverbindliche Terminschulden im Auge. Unzweideutig spricht sich für die Ansicht des RG. allein Staubs Komm. aus, der aber auch in der 14. Aufl. auf jeden Versuch einer eigenen Begründung verzichtet und sich nur auf den Komm. von Nußbaum beruft, ohne zu berücksichtigen, daß Nußbaum selbst von seiner früheren Auffassung abgerückt ist.

§ 59 schließt sich im Wortlaut eng an § 762 Abs. 2 BGB. an; nur setzt er an Stelle der Worte „der verlierende Teil" „dem gewinnenden Teile": „der eine Teil" „dem anderen Teile". Denn bei einem Börsentermingeschäft (BTG.) handelt es sich normalerweise nicht um ein Spiel zwischen den beiden Kontrahenten. Der Kommissionär, der einen Terminauftrag ausgeführt und nach den Grundsätzen des Selbsteintrittsrechts abgerechnet hat, verliert und gewinnt seinerseits nicht je nach dem Ausgange des Geschäfts für den Kunden, sondern verdient nur seine Provision. Die Änderung war unerläßlich; daß sie vorgenommen ist, läßt also noch nicht auf die Absicht des „Gesetzgebers" schließen, der Bestimmung eine weitergehende Bedeutung zu geben, als sie der § 762 Abs. 2 BGB. hat. Anderenfalls wäre im übrigen schwerlich der enge und dann irreführende Anschluß an § 762 Abs. 2 beibehalten worden. Die Bestimmung würde vielmehr lauten: „für eine Vereinbarung, durch die zum Zwecke der Erfüllung einer Schuld aus einem nicht verbotenen BTG. eine Verbindlichkeit eingegangen wird", vielleicht auch: „durch die der eine Teil oder ein Dritter", zum mindesten aber: „durch die ein Teil" (= jemand). Statt dessen ist der Artikel (der eine Teil, dem anderen Teile) beibehalten worden. Damit wird mit aller Deutlichkeit auf die Parteien des BTG., von dem in dem Relativsatz die Rede ist, verwiesen. Das BörsG. konnte dies in der gebotenen Kürze gar nicht anders tun. Sollte diese Beziehung nicht zum Ausdruck gebracht werden, so wäre die Fassung sprachlich ungenau, obwohl doch gerade eine beabsichtigte Abweichung von dem als Vorbild benutzten § 762 Abs. 2 BGB. einen klaren Ausdruck verlangt haben würde.

Vor allem aber würde die Vorschr., i. S. des RG. verstanden, eine höchst sonderbare Bedeutung haben. Das RG. begeht den Fehler, daß es seine Auslegung nur auf die in dem gerade vorliegenden Fall wünschenswerte Entsch. zuschneidet, ohne die sich sonst ergebenden Folgerungen zu erwägen, für die seine rechtspolitischen Ausführungen durchaus nicht zutreffen.

Wäre der § 59 wirklich so zu verstehen, als lautete er: „eine Vereinbarung, durch die zum Zwecke der Erfüllung einer Schuld aus einem nicht verbotenen BTG. eine Verbindlichkeit eingegangen wird", so würde für die Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung, gleichviel ob das BTG. als solches verbindlich ist, stets BTGFähigkeit der beiden an dieser Vereinbarung beteiligten Parteien vorauszusetzen sein. Handelt es sich um eine ihrer Höhe nach bereits feststehende Schuld aus einem verbindlichen BTG., so wäre die Bürgschaft eines Dritten trotzdem unwirksam, es sei denn, daß auch dieser

[1]) JW. 1915, 35.

**18. §§ 1 Abs. 2, 2 Abs. 4, 15 RMietG.; § 242 BGB. (Aufwertung). Machen Parteien vor dem MEA. abweichende Angaben über Beschaffenheit der Räume, so gehört die Prüfung der Beschaffenheit und die Feststellung des Zustandes zwecks Bemessung der Friedensmiete zu seiner Zuständigkeit. Eine ohne solche Prüfung erlassene Entscheidung ist gleichwohl für das ordentliche Gericht beachtlich. Einem mitvermieteten Hausflur kann, auch wenn er von anderen mitbenutzt wird, ein ins Gewicht fallender Mietwert zukommen. Die Umrechnung in Goldmark allein erfaßt nicht genügend den wirtschaftlichen Wert einer Papiermarksumme von 1919.

Die Kl. hat durch Vertrag v. 30. Okt. 1919 Räume ihres Grundstücks, die zuvor für Zwecke einer Gastwirtschaft benutzt worden waren, dem Bekl. zum Betriebe eines Lichtspieltheaters vermietet. Der Mietzins war auf jährlich 20000 *M* vereinbart, die Vertragsdauer bis zum 31. Dez. 1939 unkündbar vorgesehen. Auf Antrag der Kl. setzte das MEA. die Friedensmiete der Räume als Kino durch Beschl. v. 20. Juli 1928 auf jährlich 12000 *M* fest. Die Kl. forderte für die Zeit vom 1. März 1924 bis zum 31. März 1928 die gesetzliche Miete auf der Grundlage dieser Friedensmiete und wegen der mit dem 1. April 1928 eingetretenen Befreiung der Geschäftsräume von der Geltung des RMietG. für die Zeit vom 1. April 1928 bis zum 31. März 1930 die aufgewertete Vertragsmiete mit jährlich 20000 *RM*. BG. erkannte für die gesamte Zeit weniger zu als gefordert war. Die Rev. der Kl. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Dritte BTGFähigkeit besäße. Für den Bürgen ist es gleichgültig, woher die ihrer Höhe nach feststehende wirksame Verbindlichkeit des Hauptschuldners stammt, ob aus einem BTG. oder aus einem Kassageschäft. Unbesonnenen Bürgschaftsleistungen wirkt schon die Formvorschrift des § 766 BGB. entgegen. Es ist schlechterdings kein Grund erkennbar, aus dem das BörsG., weil die Verbindlichkeit zufällig aus einem BTG. herrührt, darüber hinaus noch BTGFähigkeit des Bürgen fordern sollte. Da ebenso wie bei dem BTG. selbst die BTGFähigkeit beider Partner der Vereinbarung erforderlich wäre, würde dem Nichtterminfähigen, durch dessen Erfüllung das BTG. gem. § 57 BörsG. verbindlich geworden wäre, selbst durch einen Terminfähigen wegen seiner Forderung gegen den anderen Teil nicht wirksam gebürgt werden können, ebensowenig trotz der Wirksamkeit des BTG. selbst dem nichtterminfähigen Zessionar des Terminglänbigers oder dem zwar zur Zeit des Abschlusses des BTG. Terminfähigen, der aber mittlerweile (etwa infolge der Löschung im Handelsregister) diese Eigenschaft verloren hat.

Ich muß hier davon absehen, darzulegen, daß das BörsG. auch keinen Anlaß hat, Vereinbarungen mit Dritten hinsichtlich unwirksamer Terminschulden den Vorschr. der §§ 52 ff. zu unterstellen, beziehe mich vielmehr auf die ausführlichen Darlegungen von Breit-Düringer-Hachenburg 5. Bd. 1. Hälfte, Anh. II zum Handelskauf A. 185 f., mit deren Begründung ich allerdings nicht völlig übereinstimme. Jedenfalls würde eine Auslegung, die zu so abenteuerlichen Folgerungen führt, wie sie oben dargelegt sind, auch wenn sie dem Gesetzeswortlaute zu entsprechen schiene, abgelehnt werden. Hier spricht nicht einmal der Wortlaut für sie.

§ 762 Abs. 2 BGB. will verhindern, daß die beim Spiel Beteiligten den Zweck des die Spielschuld für unklagbar erklärenden Gesetzes dadurch vereiteln, daß sie mittels Rechtsgeschäfts die Spielschuld in eine formaljuristisch davon verschiedene Schuld umwandeln. Dies und nicht mehr besagt auch § 59 BörsG.

Gleichwohl dürfte das Urt. im Ergebnis nicht unzutreffend sein. Nach dem oben nicht mitabgedruckten Tatbestande hatte ein Terminfähiger bei der Kl. ein Konto, auf welches BTG. abgeschlossen wurden; er hatte den Bekl. zur Verwaltung des Kontos bevollmächtigt und dieser hatte sich für alles, was sein Vollmachtgeber auf das Konto etwa schuldig werden würde, der Kl. selbstschuldnerisch verbürgt. Die Besonderheit des Falles liegt darin, daß die Bürgschaft für künftig entstehende Terminschulden übernommen wurde und daß der Bekl. die Terminaufträge selbst erteilte. Zwar konnte nicht festgestellt werden, daß der Bekl. seinen terminfähigen Vollmachtgeber nur vorgeschoben hat, aber er spekulierte, wenn auch in fremdem Namen, so doch nicht ausschließlich für fremde Rechnung, sondern insoweit die von ihm für den Vollmachtgeber eingegangenen Geschäfte Verlust brachten, als selbstschuldnerischer Bürge auch für eigene Rechnung. Ist zwar § 59 BörsG. nicht anwendbar, so wäre doch eine entsprechende Anwendung des § 52 immerhin möglich.

Wirkl. Geh. Rat Prof. Dr. Heinrich Göppert, Bonn.

Spätestens durch Teil 2 Kap. IV Art. 1 der 4. NotVO. v. 8. Dez. 1931 sind aber neben den Vorschr. des RMietG. auch diejenigen des MietSchG. für Geschäftsräume, also auch für das Mietverhältnis der Parteien, außer Kraft getreten. Infolgedessen kam zur Zeit des BU. eine Entsch. durch das MEA. nicht mehr in Betracht; es ist also nicht zu beanstanden, daß das BG. über die Höhe der gesetzlichen Miete selbst befunden hat.

Doch beruht die Durchführung dieser Entsch. auf einem Rechtsfehler. Das BG. hat die Festsetzung der Friedensmiete durch das MEA. auf jährlich 12000 ℳ als unverbindlich nicht beachtet, sondern selbst die Friedensmiete ermittelt. Dazu war es nicht befugt. Es entspricht schon nicht dem Gesetz, daß das BG. nachgeprüft hat, ob die Voraussetzungen für die Festsetzung der Friedensmiete damals vorhanden waren. Doch beruht das Urteil nicht auf diesem Fehler, da das BG. ebenso wie das MEA. die Festsetzung mangels einer feststellbaren Friedensmiete für zulässig erachtet hat. Dagegen muß der auf die Zeit der gesetzlichen Miete bezügliche Teil des angef. Urt. aufgehoben werden, weil die auf Grund des RMietG. vom MEA. getroffene Entsch. als vereinbarte Best. des Mietvertrages gilt (§ 15 RMietG.) und deshalb für das ordentliche Gericht bindend ist. Gebunden sind die ordentlichen Gerichte auch dann, wenn das MEA. im Rahmen seiner Zuständigkeit zu seiner Entsch. infolge von Verfahrensmängeln oder durch tatsächliche oder rechtliche Irrtümer gelangt ist. Daraus folgt, daß das ordentliche Gericht sich auf die Prüfung beschränken muß, ob die Entsch. des MEA. im Rahmen von dessen Zuständigkeit liegt. Ist das der Fall, so muß sich das ordentliche Gericht an die Entsch. des MEA. halten, ohne daß ihm eine Nachprüfung ihrer sachlichen Richtigkeit offensteht.

Das BG. hat diese Rechtslage nicht grundsätzlich verkannt. Es hat aber zu Unrecht angenommen, daß die Voraussetzungen für seine eigene Nachprüfung der Richtigkeit des vom MEA. erlassenen Beschl. gegeben seien. Es gelangt zu der Auffassung, das MEA. habe die Friedensmiete für die Räume als Kino auf jährlich 12000 ℳ festgesetzt, indem es den Sachvortrag der Kl. als der damaligen Antragstellerin unter Ablehnung einer Nachprüfung seiner Richtigkeit zugrunde gelegt habe; dieser Sachvortrag aber sei dahin gegangen, die Räume seien im Zustande der Gebrauchsfähigkeit für ein Kino vermietet worden. Somit sei die Festsetzung des MEA. für einen Sachverhalt ergangen, der nicht vorliege, und deshalb wiederum sei sie unverbindlich.

Das MEA. hat von dem Sachvortrage des Antragstellers, ohne ihn auf seine Richtigkeit zu prüfen, nur insoweit auszugehen, als die Prüfung eine Entsch. solcher Rechtsfragen notwendig machen würde, die nicht zu seiner Zuständigkeit gehören, sondern für die Parteien bindend nur durch das ordentliche Gericht zu entscheiden wären. Diese Beschränkung des MEA. hat ihren Grund darin, daß es durch eine eigene Entsch. solcher Streitigkeiten der allein maßgeblichen Entsch. des ordentlichen Gerichts nicht vorgreifen darf und auch nicht vorzugreifen imstande wäre. Darin findet sie aber zugleich ihre Begrenzung. Soweit eine rechtliche oder tatsächliche Frage zur sachlichen Zuständigkeit des MEA., zur Lösung seiner eigentlichen Aufgaben gehört, muß es die Entsch. selbst treffen und die dazu nötigen Prüfungen anstellen. Unterläßt es die Prüfung oder die Entsch., so begeht es bei der Lösung seiner Aufgabe einen Fehler und mag infolgedessen schließlich zu einer unrichtigen Entsch. gelangen. Solche Fehler des MEA. können aber nur mit Hilfe der Rechtsbeschwerde berichtigt werden. Ist die auf einem solchen Fehler beruhende Entsch. des MEA. endgültig geworden, so bindet sie das ordentliche Gericht.

Wird das Bestehen eines Mietverhältnisses vom Antragsteller behauptet, vom Antragsgegner aber bestritten, so hat das MEA. den Sachvortrag des Antragstellers ungeprüft seiner Entsch. zugrunde zu legen, denn über den Bestand des Mietverhältnisses zu entscheiden, steht nicht ihm, sondern dem ordentlichen Gericht zu. Ist aber der Bestand des Mietverhältnisses, insbes. auch der Zweck, zu dem der Mieter die Räume verwenden darf, unstreitig, und machen die am Verfahren Beteiligten nur abweichende Angaben über die Beschaffenheit der Räume, so hat das MEA. diese Beschaffenheit zu prüfen und den wirklichen Zustand der vermieteten Räume seiner Bemessung der Friedensmiete zur Grundlage zu geben. Das gehört zu seiner sachlichen Zuständigkeit, denn es hat die Friedensmiete nach dem ortsüblichen Mietzinse für Räume gleicher Art und Lage festzusetzen (§ 2 Abs. 4 RMietG.). Der ortsübliche Mietzins und damit die zu ermittelnde Friedensmiete ist aber von der Beschaffenheit der Räume abhängig, die den Gegenstand der Leistung des Vermieters bilden. Sofern das MEA. hinsichtlich der Beschaffenheit der vermieteten Räume den Sachvortrag des Antragstellers ungeprüft zur Grundlage der Friedensmiete macht, entscheidet es innerhalb seiner sachlichen Zuständigkeit rechtsirrig. Seine Entsch. bleibt also trotz ihrer Unrichtigkeit für das ordentliche Gericht beachtlich. So ist der vorl. Sachverhalt.

Nach der Feststellung des BG. war es zwischen den Parteien damals keineswegs streitig, daß der Bekl. die Räume zum Betriebe eines Kinos gemietet und erhalten hatte. Der Streit vor dem MEA. drehte sich nur darum, in welchem Maße die für den Kinobetrieb vermieteten Räume für diesen Betrieb schon hergerichtet waren oder erst vom Bekl. auf seine Kosten hergerichtet worden sind. Dann aber betraf der Streit der damaligen Parteien nicht den Bestand des Rechtsverhältnisses und auch nicht den Vertragsgegenstand als solchen, sondern nur die Beschaffenheit des zum Inhalt der Vermieterleistung gewordenen Vertragsgegenstandes. Das MEA. mußte also, weil die Prüfung dieser Beschaffenheit als Grundlage des Mietwerts und damit des maßgeblichen ortsüblichen Mietzinses zu seinem Aufgabenkreise gehörte, den Streit der Parteien selbst endgültig entscheiden und durfte diesen Streitpunkt nicht unter Verwendung des Sachvortrags der Antragstellerin dahinstehen lassen. Es hatte die Friedensmiete für die Räume als Kino festzusetzen, dabei aber zu berücksichtigen, inwieweit der gegenwärtige Zustand der Räume Inhalt der Vermieterleistung und inwieweit die Folge von Aufwendungen des Mieters ist. Sofern das MEA. oder die BeschwSt., als sie über die Rechtsbeschwerde entschied, dieser Rechtspflicht nicht genügt haben sollte, ist die damals getroffene Entsch. allerdings unrichtig. Doch hört sie deshalb nicht auf, eine für das ordentliche Gericht bindende Festsetzung der Friedensmiete zu sein. Das BG. hat also das Gesetz verletzt, indem es die Friedensmiete als Rechnungsposten der von der Kl. geforderten und ihr zuerkannten gesetzlichen Miete selbst ermittelt hat. Da diese Ermittlung zu einem hinter 12000 ℳ jährlich zurückbleibenden Betrage geführt hat, ist die Kl. beschwert und das Urt. auf ihre Rev. aufzuheben.

Für die Zeit nach dem 1. April 1928 ist das BG. dazu gelangt, den Mietzins auf jährlich 10000 ℛℳ aufzuwerten. Doch ist auch dieser Teil des Urt. nicht frei von Bedenken. So hat das BG. es im Gegensatz zu den Sachverständigen abgelehnt, bei Aufwertung des Mietzinses auch den Hausflur zu berücksichtigen, der dem Bekl. vermietet ist. Das rügt die Rev. zutreffend. Der Hausflur gehört infolge der Vermietung zu dem Vertragsgegenstande, der durch den Mietzins abgegolten wird. Dem steht es nicht ohne weiteres entgegen, wenn das BG. erwogen hat, daß der Hausflur noch von anderen Personen benutzt wird. Vielmehr mußte darauf eingegangen werden, in welcher Weise der Bekl. vertraglich zur Benutzung des Hausflurs und der Wände dieses Raumes berechtigt worden ist. Für den Betrieb eines Lichtspieltheaters kann auch dem Hausflur, insbes. wegen seiner Eignung zur Reklame, ein ins Gewicht fallender Mietwert zukommen. In dieser Richtung hat das BG. den Sachverhalt unzureichend gewürdigt, so daß schon aus diesem Grunde sein Urt. auch zur aufgewerteten Miete keinen Bestand haben kann.

Die Rev. erhebt gegen die vorgenommene Aufwertung auch den Angriff, es sei die innere Kaufkraft der Papiermark, die sie i. J. 1919 noch hatte, nicht genügend beachtet worden. Diese Rüge ist nicht von der Hand zu weisen. Das BG. ist von einer Umrechnung des Vertragszinses in Goldmark ausgegangen und hat es für notwendig erklärt, auch zu berücksichtigen, welchen Wert die Leistung der Kl. in den

Jahren 1928 und 1929 gehabt hat, welche Miete sie also in jenen Jahren für die Räume hätte erzielen können. Dabei ist durch die Umrechnung in Goldmark nicht genügend der wirtschaftliche Wert erfaßt worden, den eine Papiermarksumme i. J. 1919 auf dem deutschen Inlandmarkte hatte. Für diesen Wert ist der Goldwert allein kein zuverlässiger Maßstab. Es hätten vielmehr alle Umstände ins Auge gefaßt werden müssen, die einen zuverlässigen Schluß auf die wirkliche Kaufkraft jener 20000 ℳ ermöglichten. Dies war um so nötiger, als das BG. sich außerstande glaubte, den Mietzins zu finden, der beim Vertragsschluß für die Räume als angemessen anzusehen war, somit einen für die Vergleichung mit der streitigen Zeit besonders verläßlichen Maßstab nicht verwenden konnte. Da somit das Urt. bei der Aufwertung des Mietzinses nicht alle wesentlichen Umstände beachtet hat, auf die der Sachverhalt hinwies, muß es auch aus diesem Grunde aufgehoben werden.

(U. v. 20. März 1933; VIII 417/32. — Dresden.) [H.]

19. §§ 30, 40, 46 AnlAblösG. Wenn ein Anleiheablösungsanspruch in Unkenntnis seiner rechtlichen Natur von den Beteiligten als Aufwertungsanspruch behandelt und dadurch vom Gläubiger die Frist für die Anmeldung als Ablösungsanspruch versäumt wird, so liegt in der Berufung des Schuldners auf diese Versäumnis keine Arglist. — Wird ein sachlich unbegründeter Anspruch wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges abgewiesen, so ist der Kl. nicht beschwert.

Nach § 46 AnlAblösG. kann die Reichsreg. mit Zustimmung des Reichsrats die Vorschr. des AnlAblösG. über die Markanleihen der Gemeinden und Gemeindeverbände auf Markanleihen anderer öffentlich-rechtlicher Körperschaften für anwendbar erklären. Von diesem Vorbehalt hat die Reichsreg. durch die 2. DurchfVO. zum AnlAblösG. v. 2. Juli 1926 (RGBl. 343) Gebrauch gemacht und in § 16 die besagten Vorschr. auch auf die Religionsgesellschaften, Gemeinden und Gemeindeverbände von Religionsgesellschaften, sowie die Kirchen- und Pfründenstiftungen für anwendbar erklärt, sofern diese Schuldner Körperschaften des öffentlichen Rechts sind. Da das der Kl., einer Kirchengemeinde i. S. des § 16, gewährte Darlehn ein Schuldscheindarlehn i. S. der §§ 30 Abs. 3, 40 Abs. 3 AnlAblösG. ist, so unterlag es nicht der Aufw. nach dem AufwG. Gleichwohl würde der Bekl. ein AufwAnspruch zustehen, wenn der vor Erlaß der 2. DurchfVO. zum AnlAblösG. erfolgten Eintragung der AufwHypothek zugunsten der Bekl. eine Vereinbarung über die Aufw. zugrunde läge. Das hat das BG. ohne Rechtsirrtum verneint, indem es ausgeführt hat, daß bis zum 2. Juli 1926 die Parteien nicht hätten wissen können, daß das Darlehn dem AnlAblösG. unterstellt werden würde. Die Kl. habe daher leisten wollen und geleistet, weil sie sich nach dem AufwG. dazu für verpflichtet gehalten habe. Aus dem gleichen Grunde habe die Bekl. die Leistungen entgegengenommen.

Möglich wäre, daß für die Zeit nach dem 2. Juli 1926 die Rechtslage eine andere wäre, wenn die Kl. ihre Zinszahlungen in Kenntnis der nunmehrigen Anwendbarkeit des AnlAblG. fortgesetzt hätte. Der BerR. hat jedoch in rein tatsächlichen Erwägungen angenommen, daß die Kl., die bis zum Sept. 1929 AufwZinsen bezahlt hat, erst im Okt. 1929 über die Rechtslage unterrichtet worden ist, und es hat daher eine AufwVereinbarung auch insoweit verneint. Die Rev. meint zwar, die Kl. habe schon durch die kirchlichen Amtsblätter diese Kenntnis früher erhalten, und sie führt aus, man könne von einer kollegialen Behörde diese Kenntnis nicht darauf abstellen, ob und wann einzelne nach der Verfassung vertretungsberechtigte Personen tatsächlich von Erlassen und Mitteilungen der vorgesetzten Stelle Kenntnis genommen hätten, sondern es müsse der Nachweis genügen, daß der Beh. amtlich etwas zur Kenntnis gebracht sei. Es sei mit der Sicherheit des Rechtsverkehrs nicht zu vereinbaren, wenn man im Einzelfall den Nachweis verlangen würde, daß die verfassungsmäßigen Vertreter einer Beh. eine ihnen amtlich zugegangene Mitteilung auch wahrgenommen, vielleicht sogar richtig verstanden hätten.

Diese Darlegungen können nicht als zutreffend angesehen werden. Es ist nicht von Bedeutung, ob der Kl. kirchliche Amtsblätter zugegangen sind, aus denen sie die Rechtslage hätte erkennen können. Worauf es ankommt, ist, ob und wann sie tatsächlich Kenntnis von der geänderten Rechtslage genommen hat. Denn nur ihre Kenntnisnahme könnte, wenn überhaupt die Annahme rechtfertigen, daß sie eine AufwVerpflichtung übernommen habe, oder daß sie die Zinsen gemäß § 814 BGB. nicht zurückfordern könne.

Tatsächlich hat dann die Bekl. selbst der durch die 2. DurchfVO. v. 2. Juli 1926 geänderten Rechtslage, nach der der Bekl. kein AufwAnspruch zustand, Rechnung getragen, indem sie auf die Aufforderung der Kl. dieser die Löschungsbewilligung übersandte. Sie tat dies in der Erwartung, dafür einen Anspruch auf Grund des AnlAblösG. zu erhalten. Dieser Anspruch ist ihr jedoch durch die Reichsschulden-Verw. rechtskräftig aberkannt worden, weil sie die bis zum 1. Nov. 1926 laufende Frist zur Anmeldung des Anspruchs auf Umtausch in Ablösungsanleihe versäumt habe.

Wenn nun die Bekl. gleichwohl Aufw. verlangt und dies mit einem arglistigen Verhalten der Kl. begründen will, so hat das BG. auch diese Auffassung mit zutreffender Begr. zurückgewiesen. Die Ber. der Kl. auf das AnlAblösG. ist nicht arglistig. Denn es war nicht Sache der Kl., der Bekl. die Rechte aus dem AnlAblösG. zu verschaffen, sondern Sache der Bekl., ihre Anleiheablösungsansprüche rechtzeitig anzumelden. Daß dies versäumt worden ist, kann sie nicht der Kl. zur Last legen. Die Rev. meint zwar, es sei Sache der Kl. gewesen, sich auf die neue VO. zu berufen und eine Anpassung der Schuld an die neu geschaffene Rechtslage anzuregen. Dem ist jedoch nicht beizupflichten. Wie die Erfahrungen im Rechtsverkehr zeigen, haben zahllose Gläubiger, auch wenn sie aufwertungsberechtigt zu sein glaubten, doch vorsichtshalber ihre Forderungen auch zur Anleiheablösung angemeldet, um keinen Rechtsverlust zu erleiden. Ebenso war es Sache der Bekl., die Gesetzesentwicklung zu verfolgen und nach Erlaß der 2. DurchfVO. zum AnlAblösG., die ihren AufwAnspruch hinfällig machte, ihre etwaigen Ansprüche nach dem AnlAblösG. auch dann zur Anleiheablösung anzumelden, wenn sie des Glaubens war, ihr stehe eine AufwVereinbarung zur Seite oder der AufwAnspruch werde von der Kl. anerkannt, weil diese über den 2. Juli 1926 hinaus Zinsen zahlte. Daß sie diese Anmeldung unterlassen hat, geht allein zu ihren Lasten. Nur dann würde von einer Arglist der Kl. gesprochen werden können, wenn diese die Bekl. in einer wider Treu und Glauben verstoßenden Weise davon abgehalten hätte, ihre Ansprüche auf Ablösung rechtzeitig anzumelden. In den Zinszahlungen, die die Kl. in Unkenntnis ihrer Nichtverpflichtung leistete, lag ein solches gegen Treu und Glauben verstoßendes Verhalten der Kl. nicht.

Hiernach hat der BerR. mit Recht der Klage auf Rückerstattung der vom Jan. 1925 bis Sept. 1929 gezahlten AufwZinsen entsprochen und den Hauptantrag zur Widerklage abgewiesen.

Die Rev. meint in Bezug auf die Zinsen, daß sie dem Gesetz entsprochen hätten, soweit sie vor dem 2. Juli 1926 zahlbar gewesen seien; soweit sie später lägen, könnten sie gleichfalls nicht kondiziert werden, weil die Zahlungen mindestens einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen hätten. Weder das eine noch das andere kann als zutreffend anerkannt werden. Dem Zinsanspruch wurde auch, soweit die Zinsen vor dem 2. Juli 1926 fällig waren, durch die VO. vom gleichen Tage der Boden entzogen. Eine Anstandspflicht, gleichwohl Zinsen weiterzuzahlen, bestand nicht.

Für den Hilfsantrag zur Widerklage hat der BerR. den Rechtsweg nicht als zulässig erachtet. Evtl. hat er den Anspruch für sachlich unbegründet erachtet.

Diese Begr. ist anfechtbar, weil die Bekl. keine Feststellung der Ablösungspflicht nach dem AnlAblösG. verlangt, sondern weil sie mittels der erhobenen exceptio doli kraft bürgerlichen Rechts so gestellt werden will, wie sie stünde, wenn die Anmeldungsfrist nicht versäumt wäre. Für einen Anspruch solcher Art ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Auch ist es nicht zulässig, eine Klage gleichzeitig wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges und wegen sachlicher Unbe-

gründetheit abzuweisen, weil in solchem Fall der Umfang der Rechtskraft ungewiß bliebe. Gleichwohl kann dies der Rev. auch insoweit nicht zum Erfolg verhelfen. Denn es fehlt an dem Erfordernis der Beschwer. Ist nämlich eine Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges und zugleich mangels sachlicher Begründung abgewiesen, so ist nur der erstere Entscheidungsgrund der Rechtskraft fähig. Ob dadurch der Kl. beschwert ist, hängt davon ab, ob sein Anspruch sachlich begründet sein kann. Ist dies, wie hier zu verneinen, so fehlt es an einer Beschwer (zuletzt RG. IV 329/32 v. 1. Dez. 1932).

(U. v. 11. Febr. 1933; IV 396/32. — Hamburg.) [Ka.]

20. Die auf Grund des § 58 AufwG. erlassenen DurchfVO. sind rechtsgültig.†)

(U. v. 7. Nov. 1932; IV 213/32. — Osnabrück.) [Ka.]

Abgedr.: JW. 1933, 426[5].

Zu 20. **A.** Anm. Mügel, ebenda.

B. Die Entsch. ist zutreffend, die Begründung bedenklich.

Die Annahme des RG., daß die preuß. AusfVO. v. 20. Dez. 1930 von der zuständigen Stelle erlassen ist, ist überzeugend und die Vorschr. über die Höhe der Aufwertung (§ 1 VO.) entsprechen den Best. des AufwG. Es ist anerkannten Rechtes (RG. 111, 320 ff.), daß die „Abwertung" des Aufwertungsanspruches durch die Best. des AufwG. nicht als Enteignung anzusehen und demgemäß die Vorschr. des AufwG. und der zulässigen DurchfVO. gültig sind.

Sofern § 58 Ziff. 7 AufwG. die Landesregierungen ermächtigt, Aufwertungssätze für Sparguthaben zu bestimmen, werden durch diese Vollmacht auch die Anordnungen der Landesregierung gedeckt. Der einzelne Sparer muß sie sich gefallen lassen, und deshalb ist die Klage des Sparers mit Recht abgewiesen worden.

Dagegen können die Ausführungen über die Ausgleichungspflicht zwischen Überschußkassen und Zuschußkassen m. E. nicht gebilligt werden. Das RG. meint, die Berechtigung der Länder zu Best. über die Ausgleichungspflicht aus Ziff. 7 u. 8 des § 58 bejahen zu können. Aus der Berechnung des EinheitsAufwG. nach dem Durchschnitt des aufgewerteten Vermögens ergäbe sich, wie das RG. ausführt, die Folgerung und damit auch die Berechtigung, den Kassen, denen eine höhere Aufwertung möglich gewesen wäre, einen Teil ihres Vermögens abzunehmen, um andere zu dotieren. Dazu ist zu bemerken, daß aus § 58 Ziff. 7 diese Berechtigung keineswegs herzuleiten ist, weil er nur eine Berechnungsgrundlage gibt. Die Frage, wie etwa das Defizit der Zuschußkassen zu decken wäre, wird in den Ziff. 8 und 10 des § 58 behandelt. Ziff. 8 enthält aber keine Blankovollmacht für die Landesregierungen, dritte Personen zu verpflichten, fremde Aufwertungsverbindlichkeiten zu erfüllen. § 58 Ziff. 8 würde damit schon im Widerspruch zu § 1 AufwG. stehen. Es kann keinen Unterschied machen, ob der Dritte dem Aufwertungsgläubiger unmittelbar verpflichtet wird — dann wäre der Fall in seiner Krassheit ganz klar — oder ob dem Dritten die Verpflichtung auferlegt wird, dem Aufwertungsschuldner einen Beitrag zu seinen Zahlungen zu leisten. Die nach Ziff. 8 zulässigen Vorschr. der Landesregierung können sich nur beziehen auf Aufbringungsmöglichkeiten der Sparkassen selbst, z. B. Gewinnrücklagen aus den laufenden Geschäften — daneben auf Leistungen der Garanten und endlich auf Leistungen der gewinnbeteiligten Körperschaften, d. h. vorzugsweise der Kommunen und Kommunalverbände, an welche satzungsgemäß ein Teil der Überschüsse abzuführen ist. Die Frage, ob diese gewinnbeteiligten Körperschaften über das Maß ihrer Gewinnbeteiligung hinaus herangezogen werden könnten, steht hier nicht zur Erörterung.

Man wird darüber klar sein müssen, daß die hier geschaffenen Verpflichtungen solche des privaten, nicht öffentlichen Rechtes sind, ebenso wie die Verpflichtungen der Kassen gegenüber ihren Gläubigern.

Materiell würde also das AufwG. und die preuß. DurchfVO. nach der Meinung des RG. eine neue und neuartige obligatio ex lege schaffen, für welche ein sonstiger Rechtsgrund nicht ersichtlich ist, namentlich nicht aus dem Gedanken der Aufwertung überhaupt, d. h. aus dem Gesichtspunkt, das Rechtsverhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger neu- und umzugestalten. Aber, wie gesagt: § 58 Ziff. 8 enthält bei genauerer Prüfung die vom RG. hineingelegten Befugnisse für die Landesregierungen weder nach seinem Wortlaute noch nach seinem Sinn.

Nun verweist das RG. auf Ziff. 10: Zusammenlegung von Teilungsmassen. An sich unterliegt auch diese Best. großen Bedenken. Immerhin läßt sie sich konstruktiv halten. Bei der Zusammenlegung mehrerer Teilungsmassen muß ein neues Rechtssubjekt als Übernehmer der Teilungsmassen geschaffen werden oder sie müssen einem schon vorhandenen überwiesen werden. Ich unterstelle z. B., die Provinz wäre zum Träger der Teilungsmassen bestimmt: Auch bei einer solchen Regelung läge an sich in der Fortnahme der einzelnen Teilungsmassen sicherlich eine Enteignung der betroffenen Sparkassen. Aber in der gleichzeitigen Übernahme der Aufwertungsverpflichtungen auch die Entschädigung der enteigneten Kassen, so daß also der Grundsatz des Art. 153 RVerf. nicht verletzt wäre. Denn Art. 153 RVerf. bestimmt nicht, daß die Entschädigung in Geld oder in bestimmter Höhe stattfinden müsse. Man muß m. E. sogar annehmen, daß § 58 Ziff. 10 eben deswegen geschaffen ist, um die Möglichkeit einer Ausgleichung der Kassen auf dem Wege über die Verschmelzung der Teilungsmassen zu eröffnen. Sonst hätte es bei der Vorschr. der Ziff. 8 bewenden können. Aber weil die Anwendung der Best. aus Ziff. 8 den Landesregierungen noch keine Befugnisse gab, andere Sparkassen zur Defizitdeckung notleidender Teilungsmassen heranzuziehen, glaubte man das Ziel auf dem Wege über die Verschmelzung erreichen zu können. Da die preuß. Landesregierung diesen Weg nicht gegangen ist, so entbehrt die preuß. VO. v. 20. Dez. 1930 in §§ 2 und 3 der reichsgesetzlichen Grundlage.

Sie verstößt aber auch gegen Art. 153 RVerf., im Gegensatz zu der Auffassung des RG. Das RG. erkennt an, daß die Wegnahme eines Teiles der Teilungsmasse der Überschußkassen an sich eine Enteignung wäre, wenn sie ohne Gegenleistung geschehe (ich gebrauche absichtlich das Wort Gegenleistung und nicht Entschädigung). Es meint aber, dem Vermögenseingriff stehe die Entlastung gegenüber, die der Sparkasse (Überschußkasse) dadurch gewährt werde, daß sie nicht die gesamte Teilungsmasse zur Aufwertung ihrer Spareinlagen verwenden müssen. Diese Ausführungen enthalten m. E. einen Trugschluß.

Der Aufwertungsgewinn der Überschußkasse ist nicht ohne Rechtsgrund, weil der Aufwertungsanspruch des Sparers gesetzlich begrenzt werden konnte.

Wenn ein solcher Vorteil für die Allgemeinheit in Anspruch genommen werden soll, so geht dies nur auf dem Wege der steuerlichen Erfassung. So findet die Hauszinssteuer ihren Rechtsgrund in dem Vermögensvorteil, der den Hauseigentümern durch die Entschuldung ihres Eigentums und die Beschränkung der Aufwertung zuteil wurde. Es ist unzulässig, eine Abgabe zugunsten von Einzelpersönlichkeiten zu schaffen und zu erheben, auch wenn diese Körperschaften öffentlichen Rechtes sind, wie die Sparkasse, oder die Kommunen und Kommunalverbände, die sie eingerichtet haben. War also der Vermögenszuwachs der Überschußkassen eine Folge der gesetzlichen Regelung der Aufwertung, so ist und bleibt die Wegnahme dieses Überschusses eine Enteignung. Was das RG. vornimmt, ist eine Art compensatio lucri cum damno; die Kasse hat einen Gewinn gemacht, und dieser wird ihr weggenommen. Die Teilungsmasse der Überschußkassen, die sie aus der Durchführung ihrer eigenen Aufwertungsansprüche gewonnen hat, ist aber das rechtmäßige Vermögen.

Diesem Aktivvermögen gegenüber stehen die Ansprüche ihrer Sparer. Wenn man nun einen Teil dieses Vermögens fortnimmt und einem anderen gibt, so ist die Enteignung nicht wegzudeuten. Und da sie ohne Entschädigung erfolgt, verstößt sie gegen Art. 153 RVerf.

Die Frage ist für die Überschußkassen von außerordentlicher Tragweite; denn es ist begreiflich, daß die Überschußkassen den etwaigen Aufwertungsgewinn der Gesamtheit ihrer Sparer und nicht fremden zugute kommen lassen wollen. Die Aufbringung des Überschusses ist häufig darauf zurückzuführen, daß die einzelnen Sparkassen ihren eigenen Kommunen gegenüber mit möglichster Schärfe und mit stärkstem Nachdruck aufgetreten sind, wenn diese, wie häufig, Kredite bei der eigenen Sparkasse aufgenommen hatten.

Diese Aufwertungsverpflichtungen der Kommunen gegenüber der eigenen Kasse bilden einen nicht unbedeutenden Teil der kommunalen Verschuldung, die durch das Steueraufkommen der Gemeinde verzinst und abgedeckt werden soll. So empfindet es selbstverständlich die einzelne Gemeinde als ungebührliche und ungerechte Belastung, wenn sie auf dem Umwege über den Sparkassenausgleich dazu beitragen soll, daß stärker verschuldete Kassen und Kommunen mit ihren Mitteln dotiert werden.

Ich komme also zu dem Ergebnis, daß die §§ 2, 3 und 4 preuß. DurchfVO. v. 20. Dez. 1930 über den Rahmen des AufwG. hinausgehen, gegen Art. 153 RVerf. verstoßen und also ungültig sind. Ob die VO. im übrigen dadurch im ganzen ungültig geworden ist, soll hier nicht untersucht werden.

RA. Dr. Kurt Meyer, Landsberg (Warthe).

21. §§ 1—3 UnlWG.; § 323 ZPO.

1. Der neuen Erhebung eines schon durch rechtskräftiges Urteil zugesprochenen Anspruchs steht nicht der Einwand der Rechtskraft, sondern der des mangelnden Rechtsschutzinteresses entgegen.

2. Der Unterlassungsanspruch wegen unrichtiger Reklamebehauptungen wird nicht „verwirkt", auch wenn diese schon seit langer Zeit aufgestellt sind.

3. Die Verwertung offenkundiger Tatsachen

durch das Gericht bedarf keiner Begründung im Urteil.†)

(U. v. 6. Okt. 1931; 513/30 II. — Hamburg.) [Ku.]

Abgedr. JW. 1932, 878[11].

**22. Art. 151 Abs. 3 RVerf.

1. Besprechungen zwischen Reichsregierung und Interessenten über die Regelung der Einfuhr von Gefrierfleisch begründen keine vertraglichen Verpflichtungen des Reichs.

2. Änderungen der gesetzlichen Bestimmungen, welche infolge der Zollfreiheit getroffene Einrichtungen von Interessenten entwerten, bedeuten keine Enteignung der davon Betroffenen, soweit sich die gesetzlichen Bestimmungen nicht etwa auf einen bestimmten Kreis von Personen beschränken.

(U. v. 10. Jan. 1933; VII 312/32. — Berlin.) [Ku.]

23. §§ 6, 5 VO. v. 27. März und 25. Sept. 1915, 15. Aug. 1918, Bek. v. 31. Aug. 1921, betr. das vereinfachte Enteignungsverfahren.

1. Unter Entschädigungssumme, von deren Zahlung oder Hinterlegung der Übergang des Eigentums abhängt, ist die verwaltungsseitig, nicht die endgültig gerichtlich festgesetzte Entschädigung zu verstehen.

2. Übergang des Eigentums nach Zahlung oder Hinterlegung dieser Entschädigungssumme im Nennbetrage, auch wenn sie inzwischen vollständig entwertet ist.†)

Abweichend vom ordentlichen Enteignungsverfahren, in welchem die Hinterlegung oder Zahlung der endgültig festgestellten Entschädigungs- oder Kautionssumme und deren Nachprüfung durch die Verwaltungsbehörde der Enteignungserklärung vorauszugehen hat und der Übergang des Eigentums nach § 44 durch den Zeitpunkt der Zustellung des Enteignungsbeschlusses festgelegt ist, soll im vereinfachten Enteignungsverfahren, in welchem nach § 5 der VO. der Enteignungsbeschluß (§ 32 EnteigG.) und der Entschädigungsbeschluß (§ 29 EnteigG.) miteinander verbunden werden, das Eigentum nach § 6 der VO. unabhängig von der ausgesprochenen Enteignung erst nach Zahlung oder Hinterlegung der Entschädigungssumme übergehen. Wollte man bei der Beurteilung der Frage, wann die Entschädigungssumme i. S. dieser Best. als gezahlt oder hinterlegt zu gelten hat, die Erwägung maßgebend sein lassen, daß nach der Rspr. die durch die Festsetzung der Entschädigungssumme entstandene Forderung des Enteigneten gegenüber dem Unternehmer eine Wertschuld darstellt, deren infolge zwischenzeitlicher Geldentwertung unvollständige Zahlung auch nach Rechtskraft der verwaltungsseitigen Entschädigungsfeststellung im Rechtswege geltend gemacht werden kann (vgl. RG. 122, 110[1]); ferner auch 115, 388[2]); 119, 28[3])), so könnte es zweifelhaft sein, ob das Eigentum bereits auf Grund einer die Geldentwertung nicht berücksichtigenden unvollständigen Erfüllung dieser Wertschuld würde übergehen können. Man würde aber dem besonderen Charakter des Enteignungsverfahrens und dem Wesen der Enteignung nicht gerecht werden, wollte man hier diese rein privatrechtliche Betrachtungsweise maßgebend sein lassen. Das ganze Enteignungsverfahren wird von der Tatsache beherrscht, daß in diesem Verfahren der Staat kraft der ihm zustehenden Macht dem Unternehmer durch einen öffentlich-rechtlichen Akt das Eigentum an den Grundstücken verleiht, deren dieser für sein dem öffentlichen Wohl und Nutzen gewidmetes Unternehmen bedarf (RG. 61, 102). Es kann insoweit dahingestellt bleiben, ob der Enteignungsakt für den Unternehmer ein vollständig neues ursprüngliches Eigentum begründet (RG. ebd. 106) oder ob das Eigentum des Enteigneten — allerdings befreit von allen privatrechtlichen Lasten — auf den Unternehmer über-

---

Zu 21. A. Anm. Rosenberg, ebenda.

B. Die Entsch. erscheint mir in dem Punkte der „Verwirkung" nicht zutreffend. In der Überschrift heißt es: „Der Unterlassungsanspruch wegen unrichtiger Reklamebehauptungen wird nicht ‚verwirkt', auch wenn diese schon seit langer Zeit aufgestellt sind." In den Gründen (S. 879) führt das RG. (dem Rosenberg in der Anm. zustimmt) aus, der Bekl. könne sich gegenüber einem Anspruch auf Unterlassung reklamehafter Behauptungen nicht auf eine Verwirkung berufen, da für den Bekl. aus einer Verbreitung derartiger Behauptungen anders als beim Gebrauch von Zeichen, Firmen, Ausstattungen usw. kein „Besitzstand" erwachse; eine als Bestandteil seines selbstgeschaffenen Geschäftsbetriebes zu schützende Rechtsposition werde hierbei nicht geschaffen.

Diese Begründung wird m. E. dem Wesen der Verwirkung nicht gerecht. Als Folge einer nach § 242 BGB. unzulässigen Rechtsausübung (vgl. über diese Auffassung vom Wesen der Verwirkung meine Anm. S. 942) greift die Verwirkung überall dort durch, wo § 242 gilt. Damit unterliegt aber der Anspruch auf Unterlassung unrichtiger Behauptungen ebenso der Verwirkung wie z. B. der Anspruch auf Unterlassung des Gebrauchs einer Firma oder einer Warenbezeichnung. Zu seiner abweichenden Beurteilung kommt das RG. durch die Verwendung des Begriffes „Besitzstand". Dieser Ausdruck darf aber nicht dazu führen, als Voraussetzung für die Verwirkung auf seiten des zu diesem Einwande Berechtigten einen irgendwie erwerbsähnlichen Tatbestand zu fordern. Die Verwirkung ist lediglich die Folge einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Geltendmachung von Ansprüchen und hat, wie das RG. selbst schon mehrfach ausgesprochen hat (vgl. z. B. JW. 1932, 942), mit einem Rechtserwerb durch Ersitzung oder ähnliche Vorgänge nichts zu tun. Der Begriff des Besitzstandes darf also hier nur in dem allgemeinen Sinne der Kennzeichnung einer nach Treu und Glauben schutzwürdigen Interessenlage verwandt werden, er darf aber nicht dazu führen, für gewisse Arten von Ansprüchen den Einwand der Verwirkung überhaupt auszuschließen.

PrivDoz. Dr. W. Siebert, Halle.

Zu 23. Ich kann mich dieser Entsch. nicht anschließen. Es liegt ein Fall des vereinfachten Enteignungsverfahrens nach der VO. vom 31. Aug. 1921 vor. Der Unterschied zu dem Verfahren nach dem PrEnteigG., soweit er hier in Frage kommt, liegt nicht so sehr darin, daß die Enteignung ausgesprochen wird, bevor die Entschädigung rechtskräftig festgestellt ist; denn das geschieht auch im Dringlichkeitsverfahren nach § 34 EnteigG., das in der Praxis den Regelfall bildet; sondern in der Wirkung des Enteignungsbeschlusses. Nach dem EnteigG. tritt — beim gewöhnlichen und beim Dringlichkeitsverfahren — die Wirkung der Enteignung, der Eigentumsübergang, mit der Zustellung des die „Enteignung aussprechenden" (§ 32) Beschlusses an den Enteigneten und den Unternehmer ein (§ 44); die VO. über das vereinfachte Enteignungsverfahren spricht zwar im § 5 auch von dem Beschluß, in dem die „Enteignung ausgesprochen" und in dem auch gleichzeitig der Plan und die Entschädigung festgestellt wird; sie läßt aber das Eigentum erst nach der Zahlung oder Hinterlegung der Entschädigungssumme übergehen, so daß man dem Enteignungsbeschluß nur eine durch Zahlung oder Hinterlegung bedingte Enteignungswirkung wird zusprechen können. Bei dem Verfahren nach dem EnteigG. folgt der Enteignungsbeschluß der Zahlung oder Hinterlegung; bei dem Verfahren nach der VO. geht er ihr zeitlich voran; im ersteren Falle ist das Berichtigungsersuchen ans GBA. (§ 33) nichts weiter als die büromäßige Mitteilung des ergangenen und zugestellten Beschlusses; im letzteren Falle setzt es die Prüfung des Eintritts der Bedingung — Zahlung oder Hinterlegung — voraus. Diese Prüfung geht beim Verfahren nach dem EnteigG. der Fassung des Enteignungsbeschlusses vorauf (§§ 32, 34). Daß aber dort eine Prüfung der Rechtsgültigkeit der Zahlung oder Hinterlegung stattzufinden hat, darüber sind die Kommentare des EnteigG. einig (Eger 2 S. 384; Koffka § 34 Note 1; Löbell § 34 Note 1).

Genau dieselbe Prüfung muß aber die Behörde m. E. beim vereinfachten Enteignungsverfahren vornehmen, da das Ersuchen dem Sinne des § 33 EnteigG. nach die Funktion hat, eine bereits eingetretene Rechtsänderung im Grundbuche zur Eintragung zu bringen und die Rechtsänderung erst mit der Zahlung oder Hinterlegung eintritt.

Die Zahlung prüfen, heißt aber, in erster Linie feststellen, ob die Zahlung oder Hinterlegung dem Entschädigungsbeschluß entspricht, also die darin festgesetzte Schuld des Unternehmers gegenüber dem Enteigneten tilgt. Die Entsch. will nun diese Prüfung darauf beschränkt wissen, ob der Nennbetrag, der im Entschädigungsfeststellungsbeschluß genannt ist, entrichtet oder hinterlegt ist. Darin, daß unter der Entschädigungssumme im § 5 VO. nicht die im Rechtswege rechtskräftig festgestellte endgültige Entschädigung verstanden werden kann, wird man der Entsch. beipflichten müssen. Sie will aber den RegPräs. der Pflicht der Prüfung überheben, ob die Zahlung oder Hinterlegung im zivilrechtlichen Sinne eine Erfüllung bedeuten konnte oder ob ihr dieser Charakter etwa mit Rücksicht auf die inzwischen

[1]) JW. 1929, 112. [2]) JW. 1927, 986. [3]) JW. 1928, 494

geht; entscheidend ist, daß der Übergang selbst sich als Ausfluß eines hoheitsrechtlichen Aktes darstellt. Das gilt in gleicher Weise für die Enteignung im ordentlichen wie für diejenige im vereinfachten Verfahren, in dem der Übergang des Eigentums vom Gesetz an die Zahlung oder Hinterlegung der verwaltungsseitig festgesetzten Entschädigung geknüpft ist. In beiden Verfahren bildet das nach § 33 EnteigG. an das GBA. zu stellenden Ersuchen um Bewirkung der Eintragung des Eigentumsüberganges den Abschluß der den Enteignungsakt bildenden Tätigkeit der Verwaltungsbehörde. Diese allein hat zu prüfen, ob das Eigentum des enteigneten Grundbesitzes auf die Unternehmerin übergegangen ist. Würde man nun dem RegPräs. das Recht einräumen oder ihm sogar die Pflicht auferlegen, zu prüfen, ob der in einer bestimmten Währung ausgedrückte Entschädigungsbetrag infolge Entwertung dieser Währung keine privatrechtliche Erfüllung der durch die Festsetzung begründeten Wertschuld darstellt, so würde damit ein Rechtszustand geschaffen werden, welchem der RegPräs. trotz seiner geschilderten hoheitsrechtlichen Befugnis nicht in der Lage wäre, den notwendigen Inhalt zu verleihen. Denn die Frage, ob und in welcher Höhe die Wertschuld durch zusätzliche Zahlung getilgt sein würde, würde nur in dem privatrechtlichen Verhältnis zwischen Enteigneten und Unternehmer entschieden werden können. Es würde also letzten Endes die lediglich der hoheitsrechtlichen Prüfung unterliegende Entschließung des RegPräs. von einer privatrechtlichen Abmachung oder einer Entsch. in einem bürgerlichen Rechtsstreit abhängig sein können, in dem beispielsweise eine tatrichterliche Feststellung begehrt würde, daß das Eigentum übergegangen oder nicht übergegangen sei oder erst nach einer gewissen zusätzlichen Zahlung übergehe. Hiermit würde er aber der eigenen Entschließung des RegPräs., die er auf Grund selbständiger Prüfung der Voraussetzungen des § 6 des Ges. (§ 5 VO. vom 25. Juli 1922) zu treffen hat, vorgegriffen werden. Die genannte Best. kann deshalb nur einen formalrechtlichen Charakter haben, in dem Sinne, daß lediglich zu prüfen ist, ob die in einer bestimmten Währung festgesetzte Entschädigungssumme geleistet ist oder nicht. Der RegPräs. war somit auch im vorliegenden Falle objektiv befugt und auch verpflichtet, nach Hinterlegung der von ihm festgesetzten, in der damaligen gesetzlichen Währung ausgedrückten Entschädigungssumme durch amtliche Handlung das GBA. um Eintragung zu ersuchen. Die Frage, ob die durch den Entschädigungsfeststellungsbeschluß gleichzeitig festgesetzte Wertschuld getilgt war oder nicht, mußte, unabhängig von der Durchführung des Enteignungsverfahrens, das erst mit Absendung des Eintragungsversuches seinen Abschluß finden konnte, einer gerichtlichen Entsch. vorbehalten bleiben.

(U. v. 17. Juni 1932; III 335/31. — Naumburg.) [Sch.]
<= RG. 137, 194.>

---

eingetretene Geldentwertung fehlte. Diesen Standpunkt kann man m. E. nicht mit dem Hinweis auf die hoheitsrechtlichen Befugnisse des RegPräs. begründen. Es ist m. E. auch nicht richtig, daß der Betrag, der die Wertschuld des Unternehmers, so wie sie im Entschädigungsfeststellungsbeschlusses festgestellt worden ist, tilgt, nur in einer privatrechtlichen Abmachung oder einer Entsch. in einem bürgerlichen Rechtstreit ermittelt werden könnte. Zu den hoheitsrechtlichen Pflichten des RegPräs. gehört genau ebenso, wie der Ausspruch der Enteignung auch die Sorge dafür, daß der Enteignete den dem vollen Werte des Grundstücks entsprechenden Betrag zugebilligt und auch gezahlt erhält. Die VO. bringt dieses Recht des Enteigneten auf die Entschädigung dadurch zum Ausdruck, daß sie das Eigentum erst mit der Zahlung oder Hinterlegung übergehen läßt. Der RegPräs. ist auch sonst genötigt, privatrechtliche Gesichtspunkte bei der Ausübung seiner hoheitsrechtlichen Befugnisse zu prüfen und darüber zu entscheiden, so z. B. über die Frage, ob der Unternehmer zur Hinterlegung berechtigt war oder Zahlung leisten mußte, eine Frage, die durchaus nicht im Belieben des Unternehmers liegt (Koffka § 34 Note 10 am Ende und RG. 49, 259). Gerade weil in der VO. über das vereinfachte Enteignungsverfahren die Entziehung des Eigentums an eine bürgerlich-rechtliche Tatsache, wie die Zahlung oder Hinterlegung, und nicht an die Zustellung eines hoheitsrechtlichen Beschlusses geknüpft ist, muß man m. E. den RegPräs. für verpflichtet halten, die Frage zu prüfen, ob die Zahlung auch wirklich eine Erfüllung bedeutet. Das heißt nicht etwa, den RegPräs. zwingen, den Ausgang eines bürgerlichen Rechtstreits abzuwarten; da der RegPräs. im Entschädigungsfeststellungsbeschlusse selbst den Wert des Grundstücks, der dem Enteigneten zu ersetzen ist, festgestellt hat, so hat er m. E. im Falle einer Geldentwertung auch das Recht und die Pflicht, zu bestimmen, durch Zahlung oder Hinterlegung welcher Summe er diese Wertschuld als erfüllt ansehen würde. Bis zur Entrichtung dieser Summe kann er die auch vom RG. ihm auferlegte Feststellung, daß das Eigentum übergegangen ist, nicht treffen und darf daher das GBA. nicht um Berichtigung des Grundbuchs ersuchen. Darüber zu streiten, ob die vom RegPräs. genannte Summe das richtige trifft, bleibt den Parteien dann immer noch vorbehalten. Ich glaube, daß nur eine solche Auffassung einerseits den hoheitsrechtlichen Befugnissen des RegPräs. und andererseits dem gesetzlich verbrieften Rechte des Eigentümers genügt; denn daß die entgegengesetzte Auffassung bei einer Geldentwertung keine Enteignung, sondern eine Konfiskation bedeutet, zeigt der in der Entsch. erörterte Fall. M. E. liegt also eine Pflichtwidrigkeit des RegPräs. vor, indem er trotz der im Schreiben v. 16. Juli 1925 zum Ausdruck gekommenen besseren Einsicht das Ersuchen v. 3. März 1926 an das GBA. hat ergehen und den Enteigneten dadurch praktisch um sein Grundstück und um die Entschädigungssumme gebracht hat.

RA. Alfred Rümelin, Berlin.

IV. Verfahren.

**24. Wird eine verspätet eingelegte Berufung, für die ein Wiedereinsetzungsantrag gestellt ist, durch Versäumnisurteil als unzulässig verworfen, ohne daß eine sachliche Prüfung des Wiedereinsetzungsantrages stattgefunden hat, so ist dagegen die Rev. nicht zulässig.

Der Bekl. ist durch Urteil des LG. verurteilt worden, an den Kl. 1301 RM zu bezahlen. Der Bekl. hat Ber. eingelegt. Gleichzeitig hat er Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist beantragt. In dem anberaumten Verhandlungstermin ist sein Prozeßbevollmächtigter zwar erschienen, hat aber nicht verhandelt. Daraufhin ist auf Antrag des Kl., ohne daß eine sachliche Prüfung des Wiedereinsetzungsantrages erfolgte, die Ber. durch Versäumnisurteil als unzulässig verworfen worden.

Der Bekl. hat Rev. eingelegt mit dem Antrage, dem Wiedereinsetzungsantrage stattzugeben und die Ber. für zulässig zu erklären, oder — in zweiter Linie — die Sache auch zur Entsch. über den Wiedereinsetzungsantrag an das BG. zurückzuverweisen.

Das angef. Urt. bezeichnet sich nicht nur als Versäumnisurteil. Es ist auch seinem Inhalte nach ein solches. Ein Urteil ist ein Versäumnisurteil, wenn es auf der völligen Versäumnis der Partei beruht, aus dieser also die gesetzlichen Folgen der Versäumnis zieht (RG. 50, 388). In dem genannten Urteil des RG. wird ausgeführt, daß Versäumnisfolgen auch dann eintreten und das erlassene Urteil diese Folgen verwirklicht, wenn bei Nichterscheinen des BerKl. eine nicht statthafte oder nicht in der gesetzlichen Form oder Frist eingelegte Ber. als unzulässig verworfen wird. Hieran hat die Rspr. des RG. festgehalten (vgl. JW. 1930, 147[26]). Die Rev. bittet um Nachprüfung, ob wenigstens dann nicht eine andere Beurteilung geboten sei, wenn, wie hier, der BerKl. einen Wiedereinsetzungsantrag gestellt hat. Gerade im vorl. Falle ist aber deutlich, daß das Urteil auf der Versäumnis des BerKl. beruht. Denn allein deswegen, weil der BerKl. nicht verhandelt hat, wurde sein Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen und hieraus ergab sich ohne weiteres, daß seine Ber. wegen Fristversäumung unzulässig war.

Die Rev. ist weiter der Ansicht, daß der Wiedereinsetzungsantrag gar nicht ohne sachliche Prüfung hätte als unzulässig verworfen werden dürfen. Es kann dahingestellt bleiben, ob, wenn dies richtig wäre, ein seinem Inhalte nach als Versäumnisurteil erlassenes Urteil deswegen, weil es nicht erlassen werden durfte, hinsichtlich seiner Anfechtbarkeit durch Rechtsmittel nicht als Versäumnisurteil anzusehen ist. Denn auch hierin kann der Rev. nicht gefolgt werden. Nach § 238 Abs. 2 ZPO. finden auf die Entsch. über die Zulässigkeit des Wiedereinsetzungsantrages die Vorschriften Anwendung, die für die nachgeholte Prozeßhandlung gelten. Die nachgeholte Prozeßhandlung ist die verspätet eingelegte Ber. Über diese und damit auch über den Wiedereinsetzungsantrag konnte nach § 519b Abs. 2 ZPO. im Beschlußverfahren ohne mündliche Verhandlung entschieden werden. Wird dieser Weg nicht gewählt, sondern wird mündliche

Verhandlung anberaumt, so gelten für diese die Vorschr. der §§ 330 ff. ZPO. Erscheint der BerKl. im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht oder verhandelt er in diesem nicht, so ist entsprechend dem § 330 ZPO. sein Wiedereinsetzungsantrag, ohne daß in dessen Prüfung einzutreten ist, abzuweisen.

Gegen ein Versäumnisurteil ist nach §§ 513 Abs. 2, 566, 549 ZPO. die Rev. nur dann zulässig, wenn gegen dieses der Einspruch nicht statthaft ist und wenn ferner die Rev. darauf gestützt wird, daß rechtsirrigerweise der Fall der Versäumung angenommen worden ist.

Die erste Voraussetzung ist gegeben. Nach § 238 Abs. 2 Satz 2 ZPO. steht der Partei, die einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Berufungsfrist gestellt hat, gegen die Entsch., durch die ihr Antrag nach § 330 ZPO. abgewiesen worden ist, der Einspruch nicht zu. Das angef. Urteil hat auf Grund der nach § 330 ZPO. erfolgten Abweisung des Wiedereinsetzungsantrages die Ber. als unzulässig verworfen. Auch gegen dieses als Versäumnisurteil erlassene Urteil ist der Einspruch nicht gegeben. Das Verfahren über den Antrag auf Wiedereinsetzung ist nach § 238 Abs. 1 ZPO. mit dem Verfahren über die nachgeholte Prozeßhandlung zu verbinden. Das auf Grund der so verbundenen Verfahren ergehende Urteil entscheidet sowohl über den Wiedereinsetzungsantrag wie über die nachgeholte Prozeßhandlung. Ist das Urteil ein Versäumnisurteil, so kann auch gegen dieses der Einspruch nicht statthaft sein. Die Auflösung des Urteils in zwei Einzelentsch., die eine über den Wiedereinsetzungsantrag, die andere über die Zulässigkeit der Ber., ist nicht angängig. Es kann auch keinen Unterschied ausmachen, ob in der Urteilsformel oder, wie in dem angef. Urteil, nur in den Gründen die Abweisung des Wiedereinsetzungsantrages ausgesprochen ist. Ein Versäumnisurteil, das allein den Wiedereinsetzungsantrag abweist, darf nach § 347 Abs. 2 ZPO. nur ergehen, wenn das Gericht nach § 238 Abs. 1 Satz 2 ZPO. das Verfahren zunächst auf die Verhandlung und Entsch. über den Antrag beschränkt hat. Auf diesen Ausnahmefall ist die Vorschr. des § 238 Abs. 2 Satz 2 ZPO. nicht abgestellt.

Dagegen ist die weitere Voraussetzung für die Zulässigkeit der Rev. nicht erfüllt. Die Rev. ist unzulässig, weil sie nicht darauf gestützt ist, daß der Fall der Versäumnis nicht vorgelegen habe.

(U. v. 2. März 1933; IV 413/32. — Königsberg.) [Ka.]

**25. § 829 ZPO. Ein Pfändungsbeschluß muß in sich selbst alle zur Individualisierung der gepfändeten Forderung erforderlichen Bezeichnungen enthalten, er wird nicht dadurch wirksam, daß diese aus dem Pfändungsantrag ersichtlich oder dem Pfändungs- und dem Drittschuldner bekannt sind. †)

Die Kl. hat gegen ihre Schuldnerin, die GmbH., auf Grund eines Zahlungs- und Vollstreckungsbefehls, Pfändung und Überweisung eines der GmbH. gegen die Bekl. zustehenden Ansprüche beantragt; diesen Anspruch hat sie in dem Pfändungsantrag dahin des näheren beschrieben: „S. und M. (die Bekl.) haben am 12. Febr. 1925 von dem Kaufmann G. in L. die Geschäftsanteile der S.-M. GmbH. um den Preis von 15000 *RM* gekauft; in Höhe von 12000 *RM* wurde der zu zahlende Kaufpreis dadurch beschafft, daß die Gesellschaft auf ihr Grundstück P.straße in B. ... eine Hypothek von 12000 *RM* aufnahm und den Gegenwert S. und M. zur Verfügung stellte; diese 12000 *RM* haben S. und M. der Gesellschaft bisher nicht ersetzt. Die Gesellschaft hat also gegen sie einen Anspruch auf Zahlung von 12000 *RM*. S. und M. haften als Gesamtschuldner."

In dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluß selbst heißt es: „... wird die angebliche Forderung der Schuldnerin an ... M. ... u. ... S. ... als Gesamtschuldner aus einem Anspruch auf Zahlung von 12000 *RM* gepfändet ...".

Die Kl. fordert Verurteilung der Bekl. als Gesamtschuldner zur Zahlung von 12000 *RM*.

Die Vorinstanzen haben verurteilt, RG. hat aufgehoben.

Pfändungs- und Überweisungsbeschluß müssen die zu pfändende Forderung so bestimmt bezeichnen, daß bei verständiger Auslegung der Beschlüsse unzweifelhaft feststeht, welche Forderung Gegenstand der Zwangsvollstreckung sein soll und ist (s. a. RG. 75, 317[1]); 93, 121 ff.; 108, 319; WarnRspr. 1920 Nr. 164); fehlt es hieran, so sind Pfändungs- und Überweisungsbeschluß unwirksam und nicht geeignet, für den pfändenden Gläubiger Pfändungspfandrecht und Einziehungsbefugnis zu begründen (so die oben angef. Entsch.). Was zu einer ausreichenden Bezeichnung der zu pfändenden Forderung nötig ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab; die Beschreibung der den Gegenstand der Vollstreckungsmaßnahmen bildenden Forderung kann naturgemäß auch in der verschiedensten Weise geschehen. Ungenauigkeiten und Unvollständigkeiten in der Bezeichnung sind dann unschädlich, wenn trotz ihrer die Identifizierung der zu pfändenden Forderung eindeutig möglich ist.

Der BerR. führt nun aus, daß, wenn auch der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß für sich allein die Individualisierung der gepfändeten Forderung noch nicht hinreichend sicher gestatten möge, diese Lücke doch durch Mitheranziehung des Pfändungs- und Überweisungs*antrags* der Kl. restlos zu beheben sei; es sei nicht einzusehen, weshalb unter voller Berücksichtigung der Notwendigkeiten des geschäftlichen Verkehrs zur Auslegung des Pfändungsbeschlusses nicht auch auf den ihm zugrunde liegenden Pfändungs- und Überweisungsantrag sollte zurückgegangen werden können, über dessen Inhalt sich gegebenenfalls nicht nur die unmittelbar Beteiligten, sondern auch dritte Interessenten zu unterrichten in der Lage seien, da ihnen beim Vorhandensein eines rechtlichen Interesses die Einsichtnahme in die Gerichtsakten nicht versagt werden könnte; soweit es übrigens im vorl. Fall auf die Bestimmbarkeit der Forderung für Drittschuldner und Schuldnerin ankomme, hätten dieselben offenbar tatsächlich auch Kenntnis vom Inhalt des die Bedeutung des Pfändungsbeschlusses außer Zweifel stellenden Pfändungsantrags erhalten. Unter „Zuhilfenahme" desselben müßten durch den Beschluß alle Ansprüche, sei es auf Vertrag, sei es aus ungerechtfertigter Bereicherung als gepfändet gelten, welche der GmbH. aus der zum Vorteil der beiden Bekl. erfolgten Be-

---

Zu 25. Die Entsch. ist mit ihrer ausführlichen Begründung durchaus *richtig*. übereinstimmend: Seuffert-Walsmann, 1933, 2b zu § 829; Stein-Jonas[14], II 4 zu § 829; Sydow-Busch-Kranz[20], 1 zu § 829. Es ist bisher auch kaum jemand auf den Abweg geraten, auf dem das KG. hier versucht hat, eine unvollkommene Amtshandlung vor der Ungültigkeit zu retten. Offenbar wurde es dabei durch den an sich verständlichen Wunsch geleitet, der Kl. bei der Durchsetzung ihres Anspruchs gegenüber Unlauterkeit zu helfen. Man kann aber keine Grundsätze aufstellen, die lediglich einmal in einem Einzelfall im Kreise der die Verhältnisse kennenden, unmittelbar Beteiligten zu keinem unerträglichen Ergebnis führen, während dies nach aller Regel anders sein muß. Man sollte doch nicht vergessen, daß die Zumutungen, die das Gesetz schon an und für sich an die Drittschuldner stellt, oft nahe an die Grenze des Erträglichen gehen; ihnen dann auch noch den Zwang auferlegen zu wollen, Gerichtsakten einzusehen, aus denen sie erst erfahren, welche Forderung überhaupt gemeint ist, geht über das Erträgliche weit hinaus.

Von Einzelheiten sei besonders hervorgehoben:

a) Das RG. lehnt es nicht vollkommen ab, zur Auslegung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses auch außerhalb liegende Umstände heranzuziehen.

b) In bedeutsamer Weise wendet es wiederum einmal den Auslegungsgrundsatz des § 133 BGB. auch auf die ZPO. an. Das RG. hat dies für Pfändungsbeschlüsse schon in JW. 1916, 1271[3] getan; (vgl. auch RG.: JW. 1920, 559[14]. Ich darf daran erinnern, daß Cohen: AnwBl. 1932, 149 eine ausdrückliche Übernahme des § 133 in die ZPO. wünschte, während ich a. a. O. S. 254 dies für nicht nötig hielt, weil die Gerichte auch eben schon ohne eine solche ausdrückliche Gesetzesbestimmung gewohnt seien, prozessuale Erklärungen vernünftig auszulegen. Die neue Entsch. bestätigt dies wiederum.

c) Das RG. hält, wenn es diesen Punkt auch nur in einem Nebensatz erwähnt und sich auf keinen Grundsatz festlegt, es offenbar für zulässig, den Pfändungsbeschluß so abzufassen, daß er „den Pfändungsantrag durch Bezugnahme und äußere Verbindung in sich aufnimmt". Man wird diesen Gedanken indessen nicht verallgemeinern, jedenfalls den Geschäftsstellen die Beschreitung dieses Weges nicht

[1]) JW. 1911, 413.

stellung der Hypothek für die Zwecke der Vereinigung der G.schen Kaufpreisrestforderung im gleichen Betrag gegen diese erwachsen seien.

Demgegenüber rügt die Rev. Verletzung des § 829 ZPO.; sie wendet sich in erster Linie gegen die Auffassung, daß zur Auslegung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses außerhalb desselben liegende Umstände, insbes. der Pfändungsantrag herangezogen werden könne. Mag auch der Rev. in dieser Allgemeinheit nicht beigepflichtet werden können, so ist doch soviel unbedingt zu erfordern, daß die Erkenn- bzw. Bestimmbarkeit des Pfändungsgegenstandes eine objektive sein und bei einer nicht am buchstäblichen Sinn haftenden, sondern entsprechend den Grundsätzen des § 133 BGB. vorzunehmenden Auslegung aus diesem selbst sich ergeben muß, insofern also nicht durch außerhalb liegende Tatsachen und Umstände, wie sie z. B. auch der Inhalt des Pfändungsantrags im Gegensatz zum Pfändungsbeschluß selbst darstellt, ersetzt werden kann. Sonst würde es sich in Wirklichkeit überhaupt nicht mehr um „Auslegung", sondern um die Ergänzung eines unvollständigen und eben deshalb unwirksamen obrigkeitlichen Akts handeln. Hier nennt der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß, der auch nicht etwa den Pfändungsantrag durch Bezugnahme und äußere Verbindung in sich aufnimmt, nur Schuldner, Drittschuldner und Betrag der zu pfändenden Forderung. Innerhalb des so bestimmten Rahmens könnten aber nach dieser Beschreibung Ansprüche mit den verschiedensten Entstehungszeiten und Entstehungsgründen gemeint sein, ohne daß der Beschluß selbst irgendeine Handhabe zur weiteren Individualisierung der wirklich ins Auge gefaßten Forderung bieten würde. Mit keinem Wort ist insbes. in dem Beschluß auch nur andeutungsweise davon die Rede, daß es sich um Forderungen der GmbH. handelt, die mit ihrer Inanspruchnahme zur Beschaffung der Mittel zwecks Deckung des von den Bekl. für den Geschäftsanteilserwerb an G. zu entrichtenden Kaufpreises zusammenhängen. Eine so völlig unbestimmte Kennzeichnung des Pfändungsgegenstandes ist aber mit den Erfordernissen der Rechts- und Verkehrssicherheit unvereinbar, wie sie für die Begr. eines Pfandrechts an einer Forderung, durch das dem Gläubiger eine bevorrechtigte Stellung gerade auch im Verhältnis zu Dritten und im Konkurs des Schuldners verschafft werden soll, zu stellen sind. Dem will sich anscheinend auch das BG. nicht verschließen. Es meint nur zur „Auslegung" des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses den Pfändungsantrag heranziehen zu können. Allein das liese hier, so wie der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß nun einmal lautet, nicht sowohl auf eine Auslegung als in Wirklichkeit auf eine Ergänzung des Beschlusses in einem rechtswesentlichen Bestandteil hinaus. Ob die Bekl. oder die GmbH. darüber im klaren waren, welche Forderung bzw. angebliche Forderung der GmbH. gepfändet werden sollte, ist demgegenüber unerheblich. Nun hat die Kl. nach Schluß der mündlichen Verhandlung vor dem BG. den Ergänzungsbeschluß des Vollstreckungsgerichts erwirkt. Dieser Beschluß war aber nicht Gegenstand der mündlichen Verhandlung und konnte es auch nicht sein. Es ist der Kl. auch eine Ergänzung ihres Vorbringens insoweit im Weg des schriftlichen Verfahrens nicht verstattet worden. Für die RevInst. muß deshalb dieser Beschluß ganz außer Betracht bleiben, weil er nicht rechtlich beachtlicher Prozeßstoff geworden ist.

(U. v. 9. Dez. 1932; II 158/32. — Berlin.) [Ku.]

⟨= RG. 139, 97.⟩

---

empfehlen dürfen. Denn er verführt zu Nachlässigkeit und würde bei den doch recht häufig vorkommenden unklaren Pfändungsanträgen neue Quellen der Unsicherheit schaffen.

d) Der entschiedene Fall bedeutet eine Mahnung an die Anwaltschaft, dieser Tätigkeit, die oft mindergeschultem Personal überlassen wird, größte persönliche Aufmerksamkeit zu widmen. Es wird einen Anwalt nicht entlasten, daß die Geschäftsstelle auf einen richtig gestellten Antrag hin einen falschen Beschluß erlassen hat. Es ist Sache des Anwaltes, jeden solchen Beschluß durchzusehen und bei Unvollkommenheit für Abhilfe zu sorgen.

RA. Ernst Langenbach, Darmstadt.

V. Stempelrecht.

26. TarSt. 1 LStempStG. v. 27. Okt. 1924. Die in besonderen Erklärungen erfolgten Abtretungen der Kaufpreisforderung des Abzahlungsverkäufers und — zum Zweck der Sicherungsübertragung des Eigentums der unter Vorbehalt verkauften Sache — des Herausgabeanspruchs an die Finanzierungsfirma fallen stempelrechtlich nicht unter ein Gesamtgeschäft, sondern sind jede für sich zu versteuern.

Die Finanzierungsfirma erhielt eine „Aufstellung der zur Beleihung eingereichten Kaufverträge". Darunter sind zwei getrennte Erklärungen folgenden Wortlauts vorgedruckt: „Die in dieser Gesamtaufstellung aufgeführten Kunden haben bei uns die darin bezeichneten Gegenstände auf Abzahlung gekauft. Die Ansprüche, welche uns aus diesen Einzelkaufverträgen zustehen, treten wir hiermit in Höhe des gestundeten Restkaufpreises an die Gesellschaft für Finanzierung von Kreditgemeinschaften m. b. H., Berlin, ab. Die Gesamtaufstellung stimmt mit den gleichzeitig überreichten Einzelkaufverträgen überein." Und: „An die Gesellschaft für Finanzierung usw. Wir haben Ihnen die Liste Nr.... vom ... abschließend mit *RM* ... überreicht, in welcher unsere Verkäufe auf Abzahlung nach Kunden und Gegenstand bezeichnet sind. Wir sind mit Ihnen darüber einig, daß das Eigentum an den verkauften und in der Liste aufgeführten Gegenständen, welches wir uns vertraglich vorbehalten haben, hiermit auf Sie übergeht. Die Übergabe wird dadurch ersetzt, daß wir hiermit unseren Herausgabeanspruch gegen den jeweiligen Käufer an Sie abtreten."

Die Kl. hat sich gegen die besondere Verstempelung der zweiten Erklärung gewandt. Ihrer Klage ist vom RG. stattgegeben, weil es sich bei der Erklärung nur um den rechtsqualitativen Teil des Rechtsgeschäftes handle. Das RG. hat die Klage abgewiesen, weil es nicht auf den Zweck, sondern den Inhalt der Urkunde ankomme, und hat den in der Überschrift enthaltenen Rechtssatz ausgesprochen.

(U. v. 10. März 1933; VII 362/32. — Berlin.) [Ku.]

27. § 6 Abs. 9 StempStG.

Ist ein Vertrag oder ein Antrag (auf Eintragung eines Nießbrauches) so gefaßt, daß das Recht zunächst für bestimmte Zeit vorgesehen war, dann aber bei Ausbleiben einer Kündigung die Laufzeit verlängert werden sollte, so liegt nicht ein Verhältnis von unbestimmter, sondern von bestimmter Dauer vor. Danach ist die Urkunde zu besteuern. Dies gilt gleich auch für Geschäftsbesorgung (RG. 115, 21 = JW. 1928, 504, 36) wie für Mietverträge (RG. 138, 129; 131, 310; 135, 253).

(U. v. 24. Febr. 1933; VII 338/32. — Berlin.) [Ku.]

---

b) Strafsachen.

28. StraffreiheitsG. v. 20. Dez. 1932. Die Entscheidung über die Einstellung des Verfahrens ist ein echtes Urteil und mit den ordentlichen Rechtsmitteln anfechtbar.

Es kann dahingestellt bleiben, ob eine Einstellung des Verfahrens nach früher ergangenen Amnestiegesetzen nicht als Richterspruch, sondern als Maßnahme der Justizverwaltung anzusehen gewesen wäre (vgl. Löwe-Rosenberg, StPO., Vorbem. 3a zum 5. Abschn. des 2. Buches und Anm. 3 zu § 260). Das Ges. v. 20. Dez. 1932 gibt jedenfalls im § 10 Abs. 1 Satz 2 gegen Entsch. über Einstellung des Verfahrens das Rechtsmittel der sofortigen Beschw. nach den Best. der StPO. und legt dadurch diesen Entsch. den Charakter eines Richterspruchs bei. Wenn dieser Spruch die Einstellung des Verfahrens bejaht, so ist er dazu bestimmt und geeignet, den Strafprozeß zu beendigen, und wenn ein solcher Spruch wie im vorl. Falle auf Grund einer Hauptverhandlung in der Form eines Urteils ergeht, so ist er ein Urteil nicht nur äußerlich, sondern auch nach seinem inneren Wesen (RG.:

JW. 1933, 967[30]). Das Urteil ist mit den ordentlichen Rechtsmitteln der Ber. oder Rev., nicht mit sofortiger Beschw. anzufechten. Aus § 10 Abs. 1 Satz 2 StraffreiheitsG. vom 20. Dez. 1932 folgt nichts anderes. Diese Vorschr. sagt zwar, daß sofortige Beschw. stattfinde; jedoch ist hierbei nur an die in Beschlußform ergehenden Entsch. über Einstellung des Verfahrens außerhalb der Hauptverhandlung gedacht und gegen diese die sofortige Beschw. gegeben worden, um das Verfahren zu einem sicheren und schleunigen Abschluß zu bringen (RG. 3 D 186/33 v. 23. März 1933; Busch-Schäfer-Wichards, A II 3d und III 2b [S. 51 und 56] zu § 10 StraffreiheitsG. v. 20. Dez. 1932).

(1. Sen. v. 2. Mai 1933; 1 D 222/33.) [Hn.]

29. §§ 10, 4, 7 StraffreiheitsG. v. 20. Dez. 1932. Das RG. ist erst von dem Augenblick an, wenn ihm nach prozeßordnungsmäßiger Vorbehandlung die Akten zur Verhandlung und Entsch. über das Rechtsmittel zugegangen sind, zur Entsch. über die Einstellung des Verfahrens nach dem StraffreiheitsG. als erkennendes Gericht zuständig. Durch die Entsch. wird nur klar deklaratorisch die auf Grund des Gesetzes eingetretene Straffreiheit festgestellt.

1. Das RevG. hat zunächst zu prüfen, ob das nunmehr hier anhängige Verfahren nach § 4 StraffreiheitsG. vom 20. Dez. 1932 einzustellen ist.

Das LG. hat auf Antrag der StA. die Frage bereits verneint. Sein Beschl. ist jedoch vom KG., das auf Grund der sofortigen Beschw. des Verteidigers des Angekl. mit der Sache befaßt worden ist, aufgehoben worden, weil das LG. zur Entsch. über die Anwendung des Gesetzes sachlich nicht zuständig gewesen sei. Der Angekl. habe gegen das Urt. des LG. v. 19. Nov. 1932 rechtzeitig das Rechtsmittel der Rev. eingelegt und diese ordnungsmäßig begründet gehabt. Die Entsch. habe daher dem RG. als erkennendem Gericht i. S. des § 10 Abs. 1 Satz 1 des Ges. zugestanden, da das LG. mit der Erlassung des Urt. die Eigenschaft des erkennenden Gerichts verloren gehabt habe. Der Rechtsauffassung des KG. kann nicht gefolgt werden. Nach § 10 Abs. 1 Satz 1 des Ges. entscheidet über die Einstellung anhängiger Verfahren auf Antrag der Beteiligten das Gericht. Zuständig ist hiernach zur Entsch. dasjenige Gericht, bei dem das Verfahren anhängig ist, und zwar so lange, als es nicht bei einem anderen Gericht, hier dem RevG., anhängig geworden ist. Unzweifelhaft blieb das Verfahren i. S. dieser Vorschr. auch noch nach der Erlassung des Urt. v. 19. Nov. 1932 bei dem LG. anhängig. Das ergibt sich aus den §§ 345 bis 347 StPO., durch die dem Gericht, dessen Urt. mit der Rev. angefochten ist, noch eine Zuständigkeit zu gewissen Entsch. über die Zulässigkeit des Rechtsmittels ausdrücklich eingeräumt und eine Reihe von Obliegenheiten auferlegt ist, die für den Fortgang des Verfahrens von wesentlicher Bedeutung sind. Beim RechtsmittelGer. ist eine Anhängigkeit des Verfahrens in dem angegebenen Sinne erst begründet, wenn ihm nach prozeßordnungsmäßiger Vorbehandlung die Akten zur Verhandlung und Entsch. über das Rechtsmittel zugegangen sind (vgl. § 347 Abs. 2 StPO.), im vorl. Falle also erst, wenn die Akten dem RG. durch den OStA. vorgelegt werden. Mangels einer anderen Regelung ist davon auszugehen, daß bis zu diesem Zeitpunkte das Verfahren bei dem Gerichte anhängig bleibt, bei dem es bis zur Begr. der Anhängigkeit beim RechtsmittelGer. anhängig gewesen ist. Diese Rechtsauffassung findet ihre Bestätigung in folgender Erwägung: Durch die Vorschr. in den §§ 4 und 7 StraffreiheitsG. wird — wie ihr Wortlaut, Sinn und Zweck mit Sicherheit ergeben — der staatliche Strafanspruch in dem dort bezeichneten Umfang unmittelbar zum Erlöschen gebracht. Die gerichtliche Entsch. über die Einstellung des Verfahrens führt nicht erst die Straffreiheit herbei, sondern stellt nur fest, daß auf Grund des Gesetzes Straffreiheit bereits eingetreten ist, und zieht daraus die verfahrensrechtliche Folge der Einstellung. Alle auf Fortgang des Verfahrens gerichteten Schritte sind demnach unzulässig, sobald die Voraussetzungen des Gesetzes vorliegen. Diese Unzulässigkeit hat auch jedes Gericht von Amts wegen zu berücksichtigen (vgl. RGSt. 59, 56 und die dort angeführten Entsch.) und sich demgemäß jeder Tätigkeit zu enthalten, welche die Fortführung des Verfahrens bezweckt. Dieser dient aber auch die Vornahme der Maßnahmen, die nach den §§ 345 bis 347 StPO. von dem Gericht zu treffen sind, dessen Urt. mit der Rev. angefochten ist. Insbes. gilt das z. B. auch von der Weitergabe der Akten an die StA. zum Zwecke der Einsendung an das RevG. Träfe die Ansicht des KG. zu, daß die Zuständigkeit des LG. bereits mit der Erlassung des angefochtenen Urt. erloschen sei, so müßte das LG. entgegen dem in dem StraffreiheitsG. enthaltenen Verbot eine auf die Fortführung des Verfahrens gerichtete Tätigkeit mindestens so lange entfalten, als ihm die Akten vorliegen. Die Zuständigkeit aber etwa davon abhängig zu machen, ob sich die Akten gerade beim LG. oder etwa bereits bei der StA. befinden, ermangelt jeder gesetzlichen Grundlage. Die hier vertretene Auffassung entspricht auch allein dem praktischen Bedürfnis. Danach werden die in Rede stehenden Entsch. zweckmäßig von dem InstGer. getroffen, das die Sache selbst verhandelt hat und aus seiner unmittelbaren Kenntnis der Ergebnisse der Hauptverhandlung die Unterlagen für diese Entsch. ohne weiteres schöpfen kann. Besondere Ermittelungen werden so nur in seltenen, besonders gelagerten Fällen erforderlich, und die unnötige Versendung von Akten kann vermieden werden. Etwa erforderliche Ermittelungen aber kann am besten das InstGer. an Ort und Stelle pflegen.

(2. Sen. v. 27. Febr. 1933; 2 D 134/33.)

****30.** § 5 StraffreiheitsG. v. 20. Dez. 1932 (RGBl. I, 559). Infolge wirtschaftlicher Not handelt der, den der Mangel an den Mitteln zur Befriedigung eines dringenden Lebensbedürfnisses oder die gegenwärtige Gefahr des Verlusts dieser Mittel zur strafbaren Handlung bewegt (RGSt. 46, 409; 53, 243, 318). § 9 Abs. 1 ist ausdehnend auszulegen.

Da das Urteil, das eine Gesamtstrafe gegen den Angeklagten W. ausgesprochen hat, also eine Änderung durch den Wegfall der wegen Unterschlagung verwirkten Einzelstrafe von sechs Wochen Gefängnis erleidet, erwächst die Frage, ob die wegen Untreue mit fünf Monaten Gefängnis angesetzte Einzelstrafe in voller Höhe aufrechtzuerhalten sei oder ob eine Kürzung gemäß § 9 Abs. 1 des Ges. v. 20. Dez. 1932 stattzufinden habe. Für die Beantwortung der Frage im ersteren Sinn könnte geltend gemacht werden, daß § 9 nur die Fälle betreffe, in denen eine beim Inkrafttreten des Gesetzes noch nicht verbüßte Gesamtstrafe eine Einzelstrafe wegen einer Zuwiderhandlung enthält, für die das Gesetz Straferlaß gewährt und daß unter Straferlaß in § 2 Abs. 1 und § 6 des Ges. wie auch sonst nur der Verzicht auf eine rechtskräftig erkannte Strafe zu verstehen sei. Die Berücksichtigung des Zweckes des Gesetzes und des unter seinen einzelnen Vorschr. obwaltenden Zusammenhangs begründet jedoch die entgegengesetzte Auffassung.

Das StraffreiheitsG. v. 20. Dez. 1932 hat eine ausdrückliche Vorschr. für die Fälle, in denen zur Zeit seines Inkrafttretens ein noch nicht rechtskräftiges Urteil vorliegt, nicht getroffen. Hieraus ist aber keineswegs zu folgern, daß das Gesetz die in ihm vorgesehene Vergünstigung in diesen Fällen verweigern wolle. Vielmehr erfaßt das Gesetz diese Fälle zunächst insoweit ohne jede Einschränkung, als es die gänzliche Befreiung von Strafe verordnet. Denn die auf § 4 Abs. 1 und § 7 beruhende Einstellung bereitet dem anhängigen Verfahren ein Ende, gleichviel, ob es bis zur Verkündung eines Urteils vorgeschritten ist oder ein solches noch nicht ergehen hat. Zweifellos gestaltet sich dagegen die Lage in den Fällen, für die das Gesetz lediglich die Kürzung einer Strafe vorschreibt, so daß das Verfahren fortzusetzen ist. Hier offenbart sich der wirkliche Wille des Gesetzes; wenn vorweg geprüft wird, ob anzunehmen sei, daß solche Fälle der Strafmilderung, die das Gesetz der begünstigten strafbaren Handlung selbst zuwendet, entzogen sein sollen.

Ein Beispiel dient dieser Prüfung. Der Täter hat im Oktober 1932 einen schweren Diebstahl im Rückfall aus politischen Beweggründen begangen. Ist er durch Urt. vom

12. Dez. 1932 wegen dieser Tat zu sieben Jahren Zuchthaus verurteilt worden und ist das in seiner Anwesenheit verkündete Urteil unangefochten geblieben, so bewirkt § 2 Abs. 2 und 3 eine in Herabsetzung und Umwandlung bestehende Milderung der Strafe auf ein Jahr Gefängnis. Wird dieselbe Tat in der Verhandlung v. 23. Dez. 1932 abgeurteilt, so darf das Gericht, das eine Zuchthausstrafe von sieben Jahren an sich für angemessen erachtet, gemäß § 4 Abs. 2 auf keine schwerere Strafe als auf ein Jahr Gefängnis erkennen. Hat aber die Verhandlung am 16. Dez. 1932 stattgefunden und mit der Verkündung des auf sieben Jahre Zuchthaus lautenden Urteils geschlossen und ist ein Rechtsmittel innerhalb der gesetzlichen Frist nicht eingelegt worden, so findet weder § 2 Abs. 2 und 3 noch § 4 Abs. 2 dem Wortlaut nach Anwendung. Denn die erstere Vorschrift bezieht sich nur auf eine beim Inkrafttreten des Gesetzes rechtskräftig erkannte Strafe und die andere verbietet dem Gericht nur die Verhängung einer schwereren als der gemilderten Strafe. Trotzdem muß die Ansicht, daß die Strafe von sieben Jahren Zuchthaus nach dem Willen des Gesetzes nur um einer reinen Äußerlichkeit, nämlich um der zeitlichen Einreihung der Urteilsverkündung und des Ablaufs der Rechtsmittelfrist willen unverkürzt zu vollstrecken sei, abgelehnt werden. Das Gesetz kann eine solche Ungerechtigkeit, die jedes inneren Grundes entbehrt, nicht wollen. Also erweist sich die Abhilfe durch eine dem Zweck des Gesetzes genügende, ausdehnende Auslegung als notwendig. Hier eröffnen sich zwei gleichwertige Wege. Entweder wird das, was § 2 Abs. 2 und 3 für die beim Inkrafttreten des Gesetzes rechtskräftig erkannten Strafen vorschreibt, auf die Urteile, die erst nach diesem Zeitpunkt in Rechtskraft übergehen, zur entsprechenden Anwendung gebracht. Oder wird § 4 Abs. 2 sinngemäß dahin aufgefaßt, daß er nicht nur die Verhängung, sondern auch die Vollstreckung einer schwereren als der herabgesetzten und umgewandelten Strafe verbietet.

Verlangt aber die den wirklichen Willen des Gesetzes erforschende, auf Gerechtigkeit abzielende, ausdehnende Auslegung in Ansehung der Strafe Raum, die für die begünstigte strafbare Handlung verwirkt ist, so muß dasselbe auch für die in § 9 Abs. 1 bestimmte Kürzung der Gesamtstrafe gelten. Dieser Vorschr. liegt der Gedanke zugrunde, daß das Gericht, das den Angekl. mehrerer strafbarer Handlungen schuldig spricht, die durch die Häufung der Gesetzesverletzungen bekundete Stärke der verbrecherischen Gesinnung regelmäßig schon bei der Bemessung der Einzelstrafen berücksichtigt. Das Gesetz, das Straffreiheit für eine der mehreren strafbaren Handlungen gewährt, will diesen nachteiligen Einfluß durch eine verhältnismäßige Kürzung ausschalten. Der leitende Gedanke läßt es nicht zu, daß die Fälle, in denen die Gesamtstrafe in einem beim Inkrafttreten des Gesetzes noch nicht rechtskräftigen Urteil ausgesprochen ist, anders behandelt werden, als die Fälle, in denen ein in jenem Zeitpunkt schon rechtskräftiges Urteil die Gesamtstrafe enthält. Auch hier fehlt es an jedem inneren Grund für eine unterschiedliche Behandlung. Eine solche ist mit der Absicht des Gesetzes durchaus unvereinbar.

Überdies bietet die Entstehungsgeschichte ein bedeutsames Anzeichen für die zuvor vertretene Auffassung. Der Gesetzgeber hat sich nämlich bei der Gestaltung des § 9 des Ges. v. 20. Dez. 1932 an Vorbilder angelehnt. Als solche kommen insbes. folgende Vorschr. in Betracht: § 2 Abs. 3 StraffreiheitsG. v. 4. Aug. 1920 (RGBl. 1487), § 1 Abs. 4 StraffreiheitsG. für politische Straftaten v. 21. Juli 1922 (RGBl. I, 595), § 5 StraffreiheitsG. v. 17. Aug. 1925 (RGBl. I, 313), § 6 StraffreiheitsG. v. 14. Juli 1928 (RGBl. I, 195), § 24 VO. des RPräs. gegen politische Ausschreitungen vom 14. Juni 1932 (RGBl. I, 297) und § 16 VO. des RPräs. zur Erhaltung des inneren Friedens v. 19. Dez. 1932 (RGBl. I, 548). Während bezüglich der Vorschr. des Ges. vom 14. Juli 1928 die bisher erörterte Frage aus dem Wortlaut heraus gleichfalls aufgeworfen werden konnte, ist den Vorschr. der anderen Gesetze und VO. zu entnehmen, daß sie einen Abzug von der Gesamtstrafe, der die aufrechterhaltene Einzelstrafe nicht unverkürzt läßt, auch für die Fälle bestimmt haben, in denen die Gesamtstrafe in einem noch nicht rechtskräftigen Urteil festgesetzt ist. Für das Gesetz v. 20. Dez. 1932 hat kein Anlaß bestanden, in diesem Stück eine Härte auszuüben, die in den Vorbildern vermieden worden war. Schließlich tritt ein nachfolgendes Ereignis bestätigend hinzu. Der § 9 Abs. 1 des zuletzt bezeichneten Gesetzes hat seinerseits als Vorbild für den § 4 Abs. 1 VO. des RPräs. über die Gewährung von Straffreiheit v. 21. März 1933 (RGBl. I, 134) gedient. In der Vorschr. der VO. ist angesichts der Zweifel, die der Wortlaut der nachgebildeten Vorschr. des Gesetzes hervorgerufen hat, das Wort „Straferlaß" durch das Wort „Straffreiheit" ersetzt, also bei gleichbleibender Absicht eine Fassung gewählt worden, die zweifelsfrei zu erkennen gibt, daß die Kürzung der nicht unmittelbar begünstigten Einzelstrafe in den beiden Fällen der Straffreiheit, dem Straferlaß und der Niederschlagung, stattfindet.

Im gesamten ergibt sich demnach folgendes: In § 9 Abs. 1 des Ges. v. 20. Dez. 1932 ist das Wort „Straferlaß" über die ihm sonst innewohnende Bedeutung hinaus gebraucht, um den Gegensatz zwischen dem völligen Freilassen von Strafe und der anschließend behandelten bloßen Strafmilderung Ausdruck zu verleihen. Also ist eine Gesamtstrafe gemäß § 9 des Ges., soweit dieses Straffreiheit gewährt, auch zu verkürzen, wenn sie in einem Urteil ausgesprochen ist, das beim Inkrafttreten des Gesetzes die Rechtskraft noch nicht erlangt hatte.

Das hiermit gewonnene Ergebnis zieht die weitere Frage nach sich, ob das RevG., wenn es die Einstellung des Verfahrens hinsichtlich einer in die Gesamtstrafe aufgenommenen Einzelstrafe erklärt, zugleich die Berechnung vorzunehmen habe, deren es nach § 9 Abs. 1 bedarf, um eine neue, zur Vollstreckung geeignete Urteilsformel herzustellen. Die Beantwortung dieser Frage hängt lediglich von Erwägungen der Zweckmäßigkeit ab. Nach der Ansicht des Senats steht § 9 Abs. 3 auch in der für die gegenwärtige Sache gegebenen Verfahrenslage dem nicht entgegen, daß die erforderliche Anordnung, die in den Rahmen der auf Grund des § 462 StPO. vom Gericht erster Instanz ohne mündliche Verhandlung zu treffenden gerichtlichen Entsch. fällt, dem LG. überlassen wird.

(2. Sen. v. 10. April 1933; 2 D 101/33.)

31. DevVO. v. 1. Aug. 1931. „Im Auslande ansässige Personen" sind auch juristische Personen und sonstige Personenvereinigungen.

Nach dem Sinn und Zweck der DevGesetzgebung kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die DevVO. von 1931 sowie ihre DurchfBest., insbes. auch der § 1 der 2. DurchfVO. mit dem Begriffe „im Auslande ansässige Personen" nicht nur natürliche Personen, sondern auch juristische Persönlichkeiten und sonstige Personenvereinigungen, Kapitalgesellschaften u. dgl. hat bezeichnen wollen. Als Beweisanzeichen dafür, daß der Gesetzgeber nicht nur an natürliche Personen gedacht hat, können dabei auch die auf Grund des § 17 Abs. 1 DevVO. von 1931 erlassenen Richtlinien — wenn sie auch insoweit nur die Natur von Verwaltungsanordnungen haben — in ihrer z. Z. der Tat geltenden Fass. v. 24. Aug. 1931 (RAnz. v. 25. Aug. 1931 Nr. 197) verwertet werden, in deren Ziff. 2 bestimmt ist, daß die Beschränkungen und Verbote der DevVO. auch für die Rechtshandlungen von Personen gelten, die im Auslande ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt, Sitz oder Ort der Leitung haben (vgl. auch § 3 Abs. 5 Bek. üb. den Zahlungsverkehr mit ausländ. Zahlungsmitteln v. 8. Febr. 1917 [RGBl. 105]; ferner Caro, Devisenbewirtschaftung und Notare: DNotV. 1931, 567, 574, 575).

(2. Sen. v. 2. März 1933; 2 D 1138/32.)

32. § 2 StGB.; §§ 401, 414 RAbgO. Das Verbot der Rückwirkung einer Strafandrohung erstreckt sich nicht auf polizeilich sichernde Maßnahmen. Hierher gehört die vom Strafrichter ausgesprochene Einziehung, wenn diese ohne Rücksicht darauf angeordnet wird, ob die einzuziehenden Sachen dem Täter oder einem anderen gehören.

Die Tat ist am 15. März 1931 begangen. Durch die NotVO. v. 23. Dez. 1931 wurde § 401 Abs. 1 RAbgO. so

gefaßt, daß auch die vom Täter zur Tat benutzten Beförderungsmittel einzuziehen sind. Dadurch wurde mittelbar § 414 a. a. O. erweitert, nach welchem auf Einziehung in den zulässigen Fällen erkannt werden kann ohne Rücksicht darauf, wem die einzuziehenden Gegenstände gehören.

Es fragt sich, ob diese Einziehungen auch im vorl. Falle auszusprechen ist, obwohl die Tat begangen ist, bevor die neue Vorschr. in Geltung war. Diese Frage hat der Sen. im Gegensatz zum OVA. bejaht.

Über die Frage der Rückwirkung der Gesetze bestimmt das PrALR. Einl. § 14: „Neue Gesetze können auf schon vorhin vorgefallene Handlungen und Begebenheiten nicht angewendet werden." Dieser landrechtliche Grundsatz muß als Regel für die Auslegung aller Rechtssätze gelten, so daß also neue Rechtssätze regelmäßig keine rückwirkende Kraft haben (W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. S. 143). Er ist auch im § 2 StGB. ausgesprochen, soweit es sich um eine Strafe handelt. Die Regel wird aber durchbrochen durch ausdrückliche Erklärung des Gesetzes oder durch dessen offenbaren, eine Rückwirkung fordernden Zweck (vgl. Jellinek a. a. O.). So hat das PrOVG. (PrVerwBl. 1924, 434) neu erlassene verschärfte gewerbepolizeiliche Vorschr. über die Zurücknahme der Erlaubnis zum Betriebe des Schankgewerbes auch auf solche Vorfälle angewendet, die noch vor dem Inkrafttreten jener Vorschr. liegen.

Der Gesetzeszweck erfordert die Annahme der Rückwirkung insbes. auch hinsichtlich einer in einem neuen Gesetz vorgesehenen polizeilichen sichernden Maßnahme. Es gehört zum Wesen solcher Maßnahmen, daß sie alle Fälle polizeiwidriger Zustände betreffen, die zur Zeit ihrer Geltung noch vorhanden sind. Es genügt, daß objektiv von einer Sache eine polizeiliche Gefahr droht. So heißt es in Drews, Preuß. Polizeirecht, I. Allgem. Teil, 3. Aufl. S. 45 über das Wesen der polizeilichen Gefahr: ob eine subjektive Schuld in zivil- oder strafrechtlichem Sinne, ob eine zivil- oder strafrechtliche Haftung oder Verantwortlichkeit des Störers vorliege, sowie insbes., ob der Störer an der Entstehung des polizeiwidrigen Zustandes seiner Sachen irgendwie bewußt oder unbewußt selbst mitgewirkt habe, sei für die Haftung gegenüber der Polizei unerheblich. Auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit, Störungsabsicht oder Bewußtsein der Rechtswidrigkeit komme es nicht an. Polizeilichen Charakter hat aber auch die vom Strafrichter ausgesprochene Einziehung dann, wenn diese anzuordnen ist ohne Rücksicht darauf, ob die einzuziehenden Sachen dem Täter oder einem Teilnehmer gehören oder einem Dritten. Denn dann soll die Einziehung nicht den Täter als solchen treffen, also nicht als Sühne für das begangene Unrecht dienen; sondern sie stellt vielmehr eine vorbeugende, sichernde Maßnahme dar. So die herrschende Lehre: RGSt. 55, 13; 16, 114; auch Frank, § 40 I StGB.

Es kann also das Wort „Strafe" i. S. des § 2 StGB. die rein polizeiliche Einziehung nicht umfassen; ebenso RGSt. 52, 226; 53, 118; LpzKomm. § 2 Anm. I 1. Nicht beigetreten werden kann der Annahme in diesen beiden Urt., daß aus allgemeinen Erwägungen heraus die einmal entstandene staatliche Einziehungsberechtigung niemals erweitert werden könne. Dieser Ausschluß der Rückwirkung wird im allgemeinen zutreffen; er ist aber dort zu verneinen, wo er dem Zweck des Gesetzes widerspricht. Daß dies aber auf die polizeiliche Einziehung zutrifft, ist oben ausgeführt. Die Notwendigkeit einer solchen zweckgerichteten Auslegung zeigt sich besonders bei Vorschr. des neuen § 86a StGB. Wenn nach dem Inkrafttreten dieser Vorschr. ein Hochverrat zur Aburteilung kommt, der vor jenem Inkrafttreten durch den Druck von hochverräterischen Schriften auf lediglich diesem Zweck gewidmeten Rotationsmaschinen begangen ist, so muß der Richter die vom Gesetz angeordnete Einziehung dieser Maschinen aussprechen, weil von ihnen eine polizeiliche Gefahr droht. Es würde dem Sicherungszweck der Einziehung widersprechen, wenn das Gericht die Maschinen dem Hochverräter so lange belassen müßte, bis er unter der Herrschaft des § 86a bei erneutem Druck hochverräterischer Schriften ertappt würde.

Das Auseinanderfallen der polizeilichen Einziehung und der Strafe ist in der Praxis in mehrfacher Hinsicht anerkannt worden. So:

a) bei der Sachlage des § 73 StGB.

Hier läßt man die polizeiliche Einziehung aus dem milderen Gesetz selbst dann zu, wenn das die „Strafe" enthaltende schwerere Gesetz die Einziehung nicht kennt (RGSt. 46, 136). Wäre die Einziehung dagegen dasselbe wie Strafe, so dürfte sie bei obiger Sachlage nicht verhängt werden, weil § 73 entgegenstünde (RGSt. 53, 206).

b) Amnestien berühren die polizeiliche Einziehung nicht, es sei denn, daß in ihnen das Gegenteil bestimmt ist (RGSt. 53, 123 oben und 309 unten). Andererseits ergeben diese Urteile, daß die Einziehung von der Amnestie betroffen wird, falls sie eine (Neben-)Strafe ist, nämlich eine im Eigentum des Täters oder Teilnehmers stehende Sache betrifft.

c) Auch beim objektiven Einziehungsverfahren nach § 42 StGB. macht die Praxis schon immer die obige Unterscheidung; sie läßt es mangels ausdrücklicher Anordnung des Gesetzes nur dort zu, wo zur Einziehung Eigentum des Täters oder Teilnehmers an den Sachen nötig ist (RGSt. 19, 45; 53, 124). Dieses wird jetzt durch den neu eingefügten § 86a StGB. ausdrücklich als richtig anerkannt. Denn bei gegenteiliger Meinung wäre § 86a II überflüssig.

d) Auch im Strafprozeß wird von der Praxis die polizeiliche Einziehung von der Strafe geschieden; so bei der Frage der reformatio in pejus, wobei davon auszugehen ist, daß nicht nur § 358 Abs. 2, sondern trotz des abweichenden Wortlautes auch § 331 StPO. das Verhängen einer härteren Strafe zuungunsten des Angekl. verbieten will. Nach der Praxis steht nämlich dieses Verbot dem Ausspruch der polizeilichen sichernden Einziehung nicht entgegen. So hat sich der 2. StrSen. des RG. im Urt. v. 13. Febr. 1928, 2 D 30/28, dahin ausgesprochen: „Die Einziehung der unbefugt erlangten oder in Verkehr gebrachten Steuerzeichen hat auch dann, wenn sie dem Täter nicht gehören, zu erfolgen (§ 67a Satz 4 TabStG.) und ist mithin nicht als Strafe verwirkt (vgl. RGSt. 55, 12, 13; 61, 364); sie wird daher durch den § 331 StPO. nicht berührt." Ebenso heißt es im Urt. v. 10. April 1930 in Sachen 2 D 158/30: „Daß die Unbrauchbarmachung nach § 41 StGB. keine Strafe, sondern eine Sicherungsmaßregel darstellt, ist anerkannten Rechts (RGSt. 14, 161). Die Strafe ist also nicht dadurch härter geworden, daß das BG. auf die Unbrauchbarmachung, die das SchöffG. zwar in den Gründen, aber nicht in der Formel seines Urt., sondern in einem besonderen Beschl. ausgesprochen hatte, nunmehr auch im entscheidenden Teile des angefochtenen Urt. erkannt hat. Die Rüge aus § 331 StPO. ist darum unbegründet. Endlich ist auch im Urt. v. 3. Okt. 1932 (2 D 887/31) gesagt: „Die neue Verhandlung wird auch Gelegenheit zur restlosen Klarstellung bieten, wieviel Zigaretten beschlagnahmt worden sind und der Einziehung unterliegen. Da sowohl § 80 TabStG. als auch die an seine Stelle getretenen §§ 370, 379 (jetzt 406, 414) RAbgO. die Einziehung nicht als Nebenstrafe, sondern als Sicherungsmaßregel anordnen, trifft auf sie das Verbot des § 358 Abs. 2 StPO. nicht zu." Der erk. Sen. hat die Entsch. dieser Frage in seinem Urt. v. 11. April 1930, 1 D 118/30, dahingestellt gelassen; bezüglich der verwandten Frage der Aberkennung der Eidesfähigkeit hat der Sen. in dem Urt. v. 8. Juli 1932 in Sachen 1 D 764/32 ausgesprochen, nach § 358 Abs. 2 StPO. habe das BG. dem Angekl. die Fähigkeit, als Zeuge oder Sachverständiger eidlich vernommen zu werden, nicht aberkennen dürfen. Nicht aufrechterhalten werden kann die hierzu gemachte Bem., es komme nicht darauf an, ob jener Ausspruch als Nebenstrafe anzusehen sei oder nicht. Tatsächlich handelt es sich bei jenem Ausspruch nicht um eine reine Sicherungsmaßnahme.

Der OVA. hat zur Erhärtung seiner abweichenden Ansicht, daß auch das RG. zu den §§ 331, 358 Abs. 2 StPO. den Gegensatz von Strafen zu den nicht eigentliche Strafen bildenden Urteilsfolgen keineswegs durchgeführt habe, darauf hingewiesen, daß vom RG. auch bezüglich der Kosten keine Verschärfung zugelassen werde. Dieser Einwand schlägt aber nicht durch; denn die Belastung des Angekl. mit den Kosten hat keinen polizeilichen Charakter wie die Einziehung.

Auch § 414 RAbgO., der von der „Strafe der Einziehung" spricht, beweist nicht, daß die Einziehung stets als Strafe zu behandeln wäre. Er geht vielmehr von dem

regelmäßigen Geltungsbereich der Vorschr. über die Einziehung aus, nämlich von ihrer Zulässigkeit nur gegenüber dem Eigentümer, und dehnt ihn dann auf die Fälle aus, daß die Gegenstände einem Dritten gehören oder daß überhaupt kein Strafverfahren gegen eine bestimmte Person eingeleitet ist.

Nicht entgegen steht die zu § 128 BranntwMonG. ergangene Entsch. des erk. Sen.: RGSt. 62, 51. Dort ist unter Hinweis auf die rechtsgeschichtliche Entwicklung lediglich zu der Frage Stellung genommen, ob auch der an der Straftat unbeteiligte Eigentümer die Einziehung gegen sich gelten lassen müsse, wenn er das Eigentum erst nach Begehung der Tat gutgläubig erworben habe.

(1. Sen. v. 7. April 1933; 1 D 1418/32.) [Hn.]

33. §§ 52, 54 StGB. Bei vorsätzlichen Straftaten gibt es über die im Gesetz geregelten Fälle hinaus keine Entschuldigungsgründe. Den Notstandsvorschriften gemeinsam ist der Rechtsgedanke, daß zwischen der Schwere der Gefahr und der Schwere der in der Abwehrhandlung gelegenen Rechtsgüterverletzung eine gewisse Verhältnismäßigkeit bestehen muß. Gegenüber einem Meineid braucht die Drohung mit Schlägen kein so schwerwiegendes Übel zu sein, um die Annahme des Notstandes zu rechtfertigen.†)

Die Angekl. hat in dem Strafverfahren gegen den Mitangekl. H. wegen Beamtenbeleidigung als Zeugin wider besseres Wissen angegeben, sie habe nicht gehört, daß H. am 14. und 20. Jan. 1932 beleidigende Äußerungen in bezug auf den Verwaltungspraktikanten M. gemacht habe; diese wissentlich falsche Aussage hat sie mit einem Eide bekräftigt. Sie gibt dies zu, wendet aber ein, sie habe im Notstande gehandelt; H. habe ihr gedroht, er werde sie schlagen und nicht mehr für den Unterhalt ihres von ihm erzeugten Kindes sorgen, wenn sie zu seinen Ungunsten aussage. Das SchwG. verneinte die Anwendbarkeit des § 54 StGB. mit der Begründung: Die Angekl. habe nach ihrer eigenen Angabe den H. mehrfach aufgefordert, sie zu schlagen, wenn sie es verdiene; es könne unter diesen Umständen nicht angenommen werden, daß sie die Drohung H.s mit Schlägen als so schwerwiegendes Übel empfunden habe, daß die Annahme eines Notstandes gerechtfertigt wäre; im übrigen habe die wahrheitswidrige eidliche Aussage auch nicht zur Rettung aus einer gegenwärtigen Gefahr gedient; eine solche sei nicht vorgelegen.

Die Rev. rügt, daß die Nichtanwendung des § 54 StGB. nicht ausreichend begründet sei.

Die Begründung des angef. Urt. ist allerdings nicht durchweg einwandfrei und sehr knapp, reicht aber nach der Sachlage doch aus, das Urt. zu tragen.

Bei der Erörterung der Notstandsfrage ist sowohl in den Urteilsgründen wie in der Revisionsbegründung verkannt, daß das Verteidigungsvorbringen der Angekl. die Behauptung enthält, sie sei durch eine Drohung, die mit einer gegenwärtigen, auf andere Weise nicht abwendbaren Gefahr für Leib oder Leben ihrer selbst verbunden gewesen sei, zum Meineid genötigt worden, daß sich also die Angekl. in Wirklichkeit auf einen Notstand i. S. des § 52 StGB. (Nötigungsstand), nicht auf einen solchen i. S. des § 54 StGB. (Notstand im engeren Sinn) beruft. Der Notstand des § 54 unterscheidet sich von dem Nötigungsstand des § 52 StGB. gerade dadurch, daß die Gefahr entweder überhaupt nicht durch Drohung, sondern durch Naturkräfte hervorgerufen oder daß zwar die Gefahr durch eine Drohung begründet, vom Drohenden jedoch nicht die Abwehrhandlung abgenötigt worden ist; die Angekl. behauptet aber gerade die Abnötigung der Abwehrhandlung.

Daß auch ein wissentlich falscher Eid durch Notstand (Nötigungsstand oder Notstand im engeren Sinne) entschuldigt sein kann, ist in der Rspr. des RG. anerkannt (vgl. RGUrt. v. 11. Jan. 1932, III 911/31 = RGSt. 66, 98; v. 26. April 1932, I 1341/31 = RGSt. 66, 223 und JW. 1932, 2290; v. 26. April 1932, I 1519/31 = JW. 1932, 3068 und vom 7. Okt. 1932, I 998/32). Für die Beurteilung des vorl. Falles ist der in der Entsch. I 1341/31 hervorgehobene, den Notstandsvorschriften des geltenden Rechts gemeinsame Grundgedanke von Bedeutung. Hiernach sind in jenen Vorschriften für Täter, die aus einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben ihrer selbst oder eines Angehörigen keinen anderen Ausweg sehen, als den einer tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen Handlung, an bestimmte Voraussetzungen gebundene Entschuldigungsgründe aufgestellt, die auf der Erkenntnis beruhen, daß neben dem auf innere Zustände zurückführbaren völligen Mangel der freien Willensbestimmung i. S. des § 51 StGB., der seiner Natur nach schuldausschließend wirkt, auch eine durch besondere äußere Umstände verursachte abnorme Beeinträchtigung der freien Willensbestimmung, ein abnormer seelischer Druck in Betracht kommen kann, der bei Berücksichtigung des Selbsterhaltungstriebs und des ihm nahestehenden Triebs zur Erhaltung der Angehörigen ein normgemäßes Verhalten als „nicht zumutbar" und deshalb die Normverletzung als „entschuldbar" erscheinen läßt, sofern nicht der Täter kraft seiner besonderen Rechtsstellung verpflichtet ist, die Gefahr zu bestehen. Durch die Heranziehung des Begriffs der Zumutbarkeit sollte keineswegs, wie in den Anmerkungen zu den angeführten Entsch. in der JW. als möglich angenommen wird, ein über die gesetzlich umschriebenen Fälle hinausreichender übergesetzlicher Entschuldigungsgrund der Nichtzumutbarkeit anerkannt werden. Der erk. Sen. steht vielmehr im Hin-

---

Zu 33. A. Die vorl. Entsch. ist vor allem deswegen bedeutsam, weil sie die Stellungnahme des RG. zum Problem des übergesetzlichen Notstands in helles Licht treten läßt. Die Befürchtung lag nicht fern, daß das RG. mit der Anerkennung eines übergesetzlichen Notstands in die Bahnen des Naturrechts einzulenken geneigt sei. Unsere Entsch. zeigt aufs deutlichste, daß der höchste Gerichtshof auch in der Materie des Notstands dem Grundprinzip des Rechtspositivismus treu bleiben will. Inwieweit der Notstand als Entschuldigungsgrund für die strafrechtliche Würdigung von Erheblichkeit ist, soll ausschließlich aus § 54 StGB. entnommen werden. Es liegt auf der Hand, daß, wenn man dem Naturrecht freien Raum gewähren wollte, sich aus ihm geradesogut wie ein die Normwidrigkeit beseitigender Rechtfertigungsgrund ein nur die Bestrafung ausschließender „Entschuldigungsgrund" gewinnen ließe. Gesteht man dem Strafgesetz die ausschließliche Kompetenz zur Aufstellung von Entschuldigungsgründen zu und versagt man ihm die ausschließliche Kompetenz zur Aufstellung von Rechtfertigungsgründen, so kann das nicht daran liegen, daß für Entschuldigungsgründe nur das Gesetz, für Rechtfertigungsgründe neben dem Gesetz auch eine übergesetzliche Rechtsquelle maßgeblich ist, vielmehr nur daran, daß, während von strafrechtlich erheblichen Entschuldigungsgründen einzig das Strafgesetz zu reden hat, die verschiedensten Gesetze und sonstigen Quellen positiven Rechts von strafrechtlich erheblichen Rechtfertigungsgründen reden mögen. Aus den über das ganze Gebiet des Rechts verbreiteten gesetzgeberischen Äußerungen über die Rechtswidrigkeit und Rechtmäßigkeit menschlichen Verhaltens mögen Rspr. und Rechtswissenschaft ein rechtfertigendes Notstandsprinzip gewinnen, das darum nicht weniger als positivrechtlich in Anspruch genommen werden kann, weil es in keinem einzigen Gesetz ausdrücklich formuliert ist. Ein solches Prinzip als übergesetzlich zu bezeichnen, ist zum mindesten mißverständlich.

In dem Fall, mit dem sich das RG. zu beschäftigen hatte, konnte für den, der überhaupt zwischen entschuldigendem und rechtfertigendem Notstand unterscheidet, nur ersterer in Betracht kommen. Es handelte sich um Begehung eines Meineids zwecks Vermeidung einer Tracht Prügel. In Auslegung des § 54 StGB. hat das RG. — und hierin liegt ein weiteres Verdienst seiner Entsch. — den Entschuldigungseffekt des Leibesnotstandes gebührend eingeschränkt. Es geht dabei durchaus folgerichtig vor, insofern es nicht ohne weiteres eine Güterabwägung maßgeblich sein läßt — was nur passen würde, wenn ein die Rechtswidrigkeit ausschließender Notstand in Frage stünde —, sondern verlangt, daß unter Berücksichtigung der Motive für und wider Begehung der Notstandshandlung die Freiheit der Willensentschließung erheblich gemindert sei. Steht auf der einen Seite die Furcht vor Schlägen, auf der andern der Abscheu vor einer so verwerflichen Handlung wie dem Meineid, dann wird man, meint das RG., nicht ohne weiteres annehmen können, daß sich der Täter in einer Zwangslage befunden habe, die die Begehung der schweren Rechtsverletzung entschuldbar erscheinen lasse.

Prof. A. Baumgarten, Frankfurt.

B. Die Literatur hat vielfach, so z. B. sogar die Lehrbücher von Liszt-Schmidt und Mezger, gerade aus der Rspr. des 1. StrSen. gefolgert, daß das RG. neben den gesetzlichen Entschuldigungsgründen fahrlässige und sogar vorsätzliche Verstöße gegen das

blick auf die Entstehungsgeschichte der Vorschr. über die Schuldausschließungsgründe auf dem Standpunkt, daß nach geltendem Recht dem Täter bei vorsätzlichen Straftaten andere als die im Gesetz umschriebenen Entschuldigungsgründe nicht zugebilligt werden können (so auch Frank, Vorbem. II 2 zum 4. Abschnitt des StGB., 18. Aufl., S. 137). Auch aus den Entsch. in RGSt. 58, 97; 60, 101 und 63, 233 darf nicht die Anerkennung eines übergesetzlichen Entschuldigungsgrundes der Nichtzumutbarkeit bei vorsätzlichen Straftaten abgeleitet werden (vgl. hierzu Wachinger, Der übergesetzliche Notstand nach der neuesten Rspr. des RG., in der Festgabe für Frank, Bd. 1 S. 494—496; Grünhut: ZStW. 51, 466, 467). Vielmehr führt der den Notstandsvorschriften gemeinsame Grundgedanke in gewisser Hinsicht zu einer einengenden Auslegung, nämlich zur Forderung, daß die Leibesgefahr nicht ganz unerheblich sein darf, da man sonst weder von „Nötigen", noch von „Notstand" sprechen kann (vgl. Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts S. 422, 427; v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl., S. 285, 287; Meyer-Allfeld, 8. Aufl., S. 133; Olshausen, Anm. 9 zu § 52 und Anm. 6 zu § 54 StGB.; Oetker: VDA. 2, 340), ferner zur Forderung einer gewissen Verhältnismäßigkeit zwischen der Schwere der Gefahr und der Schwere der in der Abwehrhandlung gelegenen Rechtsgüterverletzung. Zwar ist die Entschuldigung der Abwehrhandlung nicht davon abhängig, daß das gefährdete Rechtsgut höherwertig sei als das durch sie verletzte Rechtsgut; es kann bei dem Vorhandensein der sonstigen Voraussetzungen auch die zur Abwehr eines bloßen Leibesnotstands vorgenommene Tötung eines anderen entschuldbar sein. Es muß aber im Hinblick auf jenen Grundgedanken die Leibesgefahr von der Art sein, daß sie die freie Willensbestimmung in abnormer Weise zu beeinträchtigen geeignet ist; sie muß im Verhältnis zu den von der Begehung der Abwehrhandlung abhaltenden Beweggründen so stark sein, daß es dem Gefährdeten nicht zum Vorwurf gemacht werden kann, wenn er zur Abwendung der Gefahr jene Handlung vornimmt. Angesichts des Gewichts, das bei dem Durchschnitt der Volksgenossen den abhaltenden Beweggründen gegenüber schweren Straftaten zukommt, kann der Grundsatz aufgestellt werden, daß regelmäßig zur Entschuldigung einer schweren Straftat, also etwa eines Meineids, eine erheblichere und nachhaltigere Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit vorausgesetzt wird, als zur Entschuldigung einer leichteren Straftat (vgl. hierzu schon Goltdammers Mat. zum PrStGB. Bd. 1 S. 412, 413; Binding, Hdb., Bd. 1 S. 774 f.; Berner, Lehrbuch des Strafrechts, 18. Aufl., S. 105; von Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 2 S. 222 Anm. 1; Mezger, Strafrecht, S. 366 Anm. 7 und S. 369; Frank, Anm. I 2a zu § 52 und Anm. II Abs. 3 zu § 54 StGB.; LpzKomm., Anm. 3b zu § 52 und Anm. 3a zu § 54 StGB.; Kohlrausch, Anm. 2 und 9 zu § 52 StGB.). Die Frage, ob im Einzelfall eine Drohung mit Leibesgefahr von solcher Erheblichkeit vorgelegen hat, daß bei Berücksichtigung der Schwere der Abwehrhandlung von einem die Entschuldigung begründenden „Nötigungsstande" oder „Notstand" gesprochen werden kann, liegt im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet. Hierbei kann insbes. auch das von den Beteiligten sonst gepflogene Verhalten von Bedeutung sein; es ist möglich, daß bei dessen Berücksichtigung eine gefährlich klingende Drohung in Wirklichkeit nicht als gefährlich aufzufassen ist (so auch die angeführte Entsch. I 998/32). Die vom SchwG. getroffene Feststellung, die Angekl. habe den Angekl. H. mehrfach aufgefordert, sie zu schlagen, wenn sie es verdiene, sie habe daher auch im vorl. Falle die Drohung mit Schlägen nicht als so schwerwiegendes Übel empfunden, daß die Annahme eines Notstands gerechtfertigt wäre, läßt insbes. im Hinblick darauf, daß hier die Abwehrhandlung in der Leistung eines Meineides, also in einem schweren Verbrechen gegen die Allgemeinheit bestand, keinen Rechtsirrtum erkennen. Es braucht deshalb auf die Frage, ob die Gefahr als gegenwärtig betrachtet werden kann, und ob die Leistung des Meineides das einzige Mittel zu ihrer Abwendung war, nicht geprüft zu werden. Vermeintlicher Notstand kann angesichts der für das Fehlen der Voraussetzungen des Notstands gegebenen Begr. nicht in Frage kommen.

(1. Sen. v. 11. Nov. 1932; 1 D 1227/32.)

34. §§ 157 Abs. 1 Nr. 1, 49a StGB.; §§ 51, 84 GVG.

1. Die Beeidigung eines Geschworenen ist auch dann wirksam, wenn er nur in der Form

---

Strafgesetz auch dann als entschuldigt ansehe und damit für straffrei erkläre, wenn dem Täter im Einzelfalle ein anderes Verhalten nicht zuzumuten ist. Der Maßstab des Zumutbaren blieb dabei dunkel und wurde höchstens in dem fingierten Typus eines Durchschnittsbürgers gesehen. Jedenfalls ist es nach dieser Auffassung das Werturteil des Richters, welches entscheidet, wann einem Menschen die Einhaltung der Strafgesetze zuzumuten ist, was für einen Durchschnittsbürger überhaupt und den Täter im besonderen in schwierigen Situationen zumutbar ist. Daß eine solche Relativierung des Schuldurteils und damit der Strafbarkeitsgrenze die Sicherheit des Rechtsgüterschutzes, die Wirksamkeit der Strafdrohungen gefährdet, bedarf keiner Ausführung.

Aber trotz dieser rechtspolitischen Bedenken wäre es ja möglich, daß das geltende Strafrecht einen solchen „übergesetzlichen" — richtiger außergesetzlichen — Entschuldigungsgrund der Nichtzumutbarkeit kennt. Der erk. Sen. hat indes mit erfrischender Deutlichkeit solche Auffassungen zurückgewiesen. Er lehnt es unzweideutig ab, für vorsätzliche Straftaten andere als die im Gesetz vorgesehenen Entschuldigungsgründe zuzubilligen. Ich habe in einem Aufsatz über „die Zumutbarkeit bei vorsätzlichen Delikten", der in dem Mai/Juni-Heft d. J. von Goltdammers Archiv für Strafrecht und Strafprozeß erschienen ist, wie ich glaube, nachgewiesen, daß von den Verfechtern dieses Gedankens die gesamte Rspr. falsch ausgewertet worden ist, daß nach geltendem Recht außer in den gesetzlich geregelten Fällen niemals ein vorsätzlicher Verstoß gegen ein Strafgesetz deshalb straflos ist, weil nach der Auffassung eines Richters dem Täter in der betreffenden Situation ein anderes Verhalten nicht zuzumuten war. Die entgegengesetzte Behauptung hat Baumgarten mit Recht als Naturrecht bezeichnet. Es ist gut, sich gegenüber solchen Spekulationen bewußt zu bleiben, daß nicht die Wissenschaft, sondern nur der im Gesetz verkörperte Staatswille und daneben die tatsächliche Rechtspraxis des Lebens als Rechtsquellen anzuerkennen sind.

Prof. Dr. Drost, Münster i. W.

C. I. Die Entsch. bannt wohl endgültig die Gefahr, daß die Strafrechtspflege dadurch zersetzt wird, daß man die „Unzumutbarkeit" als allgemeinen Strafausschließungsgrund anerkennt. Auf die großen Gefahren der jüngsten Rspr. zum Notstandsbegriff habe ich JW. 1932, 2290[14] hingewiesen. Es ist erfreulich, daß das RG. auf diesem Wege nicht weiter gehen will, als es dies bisher schon getan hat.

II. Dagegen kann ich der Begründung nicht beistimmen, auch nicht in der verbesserten Form, die ihr Baumgarten gibt. Auch Entschuldigungsgründe bedürfen gegebenenfalls der analogen Anwendung. Ich bin einverstanden, daß § 51 nicht analog auf andere Geisteszustände als Bewußtlosigkeit und Geisteskrankheit, z. B. also nicht auf Suggestion oder sexuelle Hörigkeit angewandt werden darf. Dagegen halte ich aus § 3 JGG., § 58 StGB. den Analogieschluß für geboten, daß der Mangel der Fähigkeit zur Einsicht in die Rechtswidrigkeit allgemein die Zurechnungsfähigkeit beseitigt. Ebenso halte ich mit dem RG. aus § 59 den Analogieschluß auf die strafbefreiende Kraft des „Rechtsobjektsirrtums" — so muß der Gedanke des RG. richtig formuliert werden — für geboten.

III. So erscheint mir nach wie vor der Streit, ob § 54 einen Rechtfertigungs- oder einen Entschuldigungsgrund enthält, ohne praktische Folgen. Zu einem solchen rein theoretischen Streit sollte aber RG. keine Stellung nehmen. Die Frage ist eine solche der richtigen Systematik, das RG. hat aber keine Lehrbücher zu verfassen oder vorzubereiten, sondern praktische Streitfälle zu entscheiden. Manchem, der die in den Gründen vertretene Lehre vom bloß entschuldigenden Charakter des Notstandes für seine Auffassung ins Feld führt, mag aber die vorl. Entsch. zeigen, wie gefährlich es ist, Begründungssätze wie Lehrbuchsätze zu benützen. Denn es kann kein Zweifel sein, daß die Mehrzahl in den einschlägigen Entsch. eine Bestätigung der Lehre von der Unzumutbarkeit überhaupt sehen wollte. Maßgebend kann aber auch bei einer Entsch. des höchsten Gerichtshofes immer nur die Entsch. selbst sein, nicht deren im Drang des Augenblicks an einem Einzelfall entwickelte Begründung. Im übrigen scheint mir immer noch die alte Lehre, daß es sich bei §§ 52, 54 um einen Unrechtsausschließungsgrund handle, den Vorzug zu verdienen.

Prof. Dr. Hellmuth Mayer, Rostock.

des § 51 GVG., nicht auch des § 84 i. Verb. m. § 51 GVG. beeidigt worden ist.

2. Anwendbarkeit des § 157 Abs. 1 Nr. 1 StGB. im Hinblick darauf, daß der Täter gegen Gewährung unentgeltlicher Unterkunft die Aufforderung, unter Eid die Unwahrheit zu sagen, angenommen und sich dadurch der Gefahr einer Strafverfolgung aus § 49a StGB. ausgesetzt hat. †)

(1. Sen. v. 24. Juni 1932; 1 D 705/32.)

Abgedr. JW. 1933, 957[13].

35. § 263 StGB. Ein Betrug liegt auch dann vor, wenn die Anstellung eines städtischen Beamten durch Täuschung über sein Vorleben (Vorstrafen) herbeigeführt worden ist, wenn der Täter gute Befähigung und ersprießliche Leistungen aufweist.

Der Angekl. hat dem Magistrat seine schweren Vorstrafen vorsätzlich und pflichtwidrig verheimlicht, indem er bei der Bewerbung um die ausgeschriebene Stadtförsterstelle auch für die Zeiten der Strafverbüßung durch Vorlegung z. T. unrichtiger Zeugnisabschriften und eines insoweit unrichtigen Lebenslaufs seine Anstellung und Beschäftigung im Forstdienste vortäuschte; er hat das von vornherein in der Absicht getan, dadurch zunächst seine Annahme auf Privatdienstvertrag, dann aber auch seine Anstellung als Beamter im städtischen Forstdienste zu erreichen; beides glaubte er bei Bekanntwerden seiner Vorstrafen nicht erreichen zu können und hätte er dann auch nicht erreicht. Insbes. wäre er trotz seiner guten Befähigung und seiner ersprießlichen Leistungen nicht als Beamter angestellt worden, wenn der Magistrat nicht vom Angekl. über dessen ihn zum Beamten völlig untauglich machendes Vorleben in Irrtum versetzt und darin erhalten worden wäre. Die Auffassung der StrK. ist rechtlich nicht zu beanstanden, daß der Angekl. durch die Irrtumserregung und -unterhaltung den Magistrat zu einer Vermögensverfügung, nämlich zu der Anstellung des Angekl. als Beamten, veranlaßt hat, die für die Stadt eine Vermögensbeschädigung enthielt. Letzteres wird einwandfrei an der Hand der in RGSt. 65, 281 aufgestellten Grundsätze dargelegt, das — richtig verstanden — durchaus im Einklang mit der sonstigen Rspr. des RG. über die Vermögensbeschädigung beim Betrug steht, bes. auch mit RGSt. 16, 1 ff. Auch der Vorsatz der Vermögensbeschädigung und alle sonstigen Tatbestandsmerkmale des Betrugs sind rechtlich unbedenklich festgestellt.

(2. Sen. v. 20. Febr. 1933; 2 D 50/33.)

Freiwillige Gerichtsbarkeit.

1. § 26 Abs. 2 BGB. Die Bestimmung der Satzung eines eingetragenen Vereins, daß der Vorstand außer mit seinem Namen mit dem Namen des Vereins zu unterzeichnen habe, wird in der Regel nur als Ordnungsvorschrift aufzufassen sein, so daß das Fehlen des Vereinsnamens die für den Verein abgegebene schriftliche Erklärung des Vorstandes nicht unwirksam macht. †)

Namens eines eingetragenen Vereins bewilligten seine beiden Vorstandsmitglieder in notariellen Verhandlungen die Eintragung von zwei Gläubigergrundschulden, und zwar unter ausdrücklicher Hervorhebung des Vertretungsverhältnisses. Sie unterschrieben die Protokolle aber lediglich mit ihren Vor- und Zunamen. Der demgemäß gestellte Eintragungsantrag wurde beanstandet mit der Begründung, daß die Vorstandsmitglieder, um den Verein wirksam zu vertreten, ihrer Namensunterschrift in den Protokollen den Namen des Vereins hätten beifügen müssen. Die Beanstandung gründet sich auf den § 5 der Vereinssatzung.

„Der Vorstand vertritt den Verein gerichtlich und außergerichtlich nach den ihm in dem Vereinsgesetz erteilten Befugnissen und zeichnet für denselben. Die Zeichnung erfolgt in der Weise, daß die Zeichnenden zu der Firma des Vereins die Namensunter-

---

Zu 34. Zu 1. Wenn der Vorsitzende den Hilfsgeschworenen formell wie einen Schöffen vereidigt hat, so ist versehentlich die täuschende Bezeichnung des Gesetzes „Geschworener" materiell berichtigt worden. Denn die modernen Geschworenen sind ja Schöffen. Sie haben durchweg deren Rechte und Pflichten, nicht die Stellung von Geschworenen alter Art. Angenommen, es habe sich um einen Hilfsgeschworenen gem. § 91 GVG. gehandelt, also um eine zum Hilfsschöffen bestimmte Person, die sich, weil die SchwGSitzung nicht am Sitze des LG., sondern an einem anderen Orte des SchwGBezirks abgehalten wurde, aus einem Hilfsschöffen des für den Sitzungsort zuständigen SchöffG. in einen „Hilfsgeschworenen" verwandelt hatte, so hätte der Vorgang nicht der Komik entbehrt: ein Hilfsschöffe hat nach gesetzlicher Vorschrift die Funktion eines Hilfsgeschworenen unter diesem Titel wahrzunehmen, der Vorsitzende vereidigt ihn wie einen Hilfsschöffen, er nimmt aber als Hilfsgeschworener an der Verhandlung teil und bleibt doch der Sache nach immer, was er war, ein Hilfsschöffe. Die VO. v. 4. Jan. 1924 hätte füglich der Wahrheit die Ehre geben und das zum Ersatz des von ihr abgeschafften SchwG. geschaffene Gericht großes SchöffG. nennen sollen. Die falsche Etikette ändert insbes. nichts an der Tatsache, daß denjenigen Einzelstaaten, die gem. § 6 EGGVG. für Preßstrafsachen schwurgerichtliche Zuständigkeit beibehalten konnten, damit ein Recht auf wirkliche, nicht nur nominelle SchwG. eingeräumt war.

Das RG. sieht zutreffend in der inkorrekten Bezeichnung des zu beeidigenden Geschworenen als Schöffe eine unschädliche falsa demonstratio. Die alten Geschworenen hatten gegenüber den jetzigen insofern ein Minus an Rechten, als sie vom Entscheid über prozessuale Fragen und in der Straffrage ausgeschlossen waren, andererseits fielen ihnen als den Richtern über die Schuld bei der eigenartigen Struktur des Verfahrens besondere, jetzt nicht mehr bestehende Aufgaben zu. Daher hätte unter der Herrschaft des alten Rechts ein gleiches Versehen des Vorsitzenden dem Eide einen anderen Inhalt gegeben.

Wäre im gegebenen Falle gegenteilig ein Schöffe für das AG., die StrK. als „Geschworener" vereidigt worden, so hätte es an einem genügenden Hinweis auf die Pflichten eines „Schöffen" gefehlt, denn das Gesetz bemißt zwar die Aufgaben eines „Geschworenen" nach denen eines Schöffen, aber nicht umgekehrt, so daß mit dem Bewußtsein eines so Beeidigten, er habe die Funktionen eines Schöffen, nicht davon verschiedene Aufgaben, zu erfüllen, nicht sicher gerechnet werden könnte.

Die Beeidigung der einstigen Geschworenen war Bestandteil der einzelnen Hauptverhandlung, heute werden die „Geschworenen", wie die Schöffen, bei ihrer ersten Dienstleistung für die Dauer der Wahlperiode beeidigt und es besteht zwischen Schwurakt und der bezüglichen Hauptverhandlung nur ein unorganischer Zusammenhang, da die Bildung des Gerichts sachlich der Verhandlung vor dem Gericht vorausgeht. Immer ist bei einem wesentlichen Verstoß gegen die Beeidigungsvorschriften, wozu auch Nichtöffentlichkeit der Beeidigung gehören würde, das Gericht nicht nach Vorschrift der Gesetze gebildet, also ein absoluter Revisionsgrund gegeben (§ 338 Ziff. 1 StPO.).

Richter, Berufs- oder Laienrichter, kann immer nur der beeidigte Richter sein, nur er hat die Vollmacht zum Urteil. Sonach begründet das Fehlen der Beeidigung oder eine Abweichung von der vorgeschriebenen Formel, die dem Eide einen anderen als den gesetzlich erforderten Inhalt gibt, nicht bloße Anfechtbarkeit des von dem Mangel betroffenen Urt. auf Rev. (Berufung) hin mit dem Erfolge der Aufhebung, vielmehr ist das Urt. als schlechthin nichtig zu erachten. Niemand würde an dieser Ungültigkeit zweifeln, wenn eine Person, ohne den Richtereid geleistet zu haben, als Einzelrichter entschieden hätte. Es kann nicht anders sein bei Teilnahme eines solchen Nichtrichters am urteilenden Kolleg, möchte es in der Rolle eines Berufs- oder Laienrichters geschehen sein. Ebenso wenn der Eid, weil er des gesetzentsprechenden Inhalts entbehrte, als Nichteid zu betrachten war. Verstoß gegen die Öffentlichkeit hingegen würde diese Konsequenz nicht haben, nur Revisibilität usw. des Urteils ergeben.

Der Nichtberufsrichter gehört zu den Richtern im weiteren Sinn und hat in den Strafsachen, an denen er beteiligt ist, Pflichten wahrzunehmen, die zu gutem Teile inhaltlich mit denen eines Berufsrichters sich decken. Würde er aber auf getreue Erfüllung der Pflichten eines „Richters" vereidigt, so wäre das ein verstümmelter Amtseid (vgl. dazu Art. 2 BayAGGVG. usw.) mit zeitlicher Beschränkung, geleistet von einer Person, die ein Richteramt nicht hat, nicht Eid eines Schöffen, Geschworenen, wie ihn das Gesetz verlangt, der Schöffe usw. daher als nicht vereidigt zu betrachten.

Zu 2. Zustimmung hier selbstverständlich.

Geh. Rat Prof. Dr. Oetker, Würzburg.

Zu 1. Der gut begründeten Entsch. ist m. E. zuzustimmen. Der wichtige und richtige Grundgedanke, von dem sie ausgeht, ist der, daß auch bei Satzungsbest. zwischen sog. Mußvorschr. und bloßen Ordnungsvorschr. zu unterscheiden ist. So naheliegend es ist, diese Unterscheidung, die für Gesetzesvorschr. längst Gemeingut ist, auch auf Vereinssatzungen auszudehnen, so ist doch auf diesem Gebiet ihre Durchführung noch zu wenig in Erscheinung getreten. Freilich wird man das Unterscheidungsmerkmal bei Satzungsbest. nicht, wie es bei gesetzlichen Vorschr. gemeinhin geschieht, einfach schematisch aus dem sprachlichen Gegensatz von „muß" und „soll", „kann nicht" und „darf nicht" entnehmen können. Ist dies schon bei gesetzlichen Normen kein

schrift hinzufügen. Zwei Vorstandsmitglieder können rechtsverbindlich für den Verein zeichnen und Erklärungen abgeben."

Die Beschw. hatte keinen Erfolg. Die weitere Beschw. führt zur Aufhebung der Vorentsch.

Die Beanstandung der Anträge wäre gerechtfertigt, wenn die erklärte Bewilligung der Eintragung der Grundschulden, wie die Vorinstanzen annehmen, mangels Erfüllung einer für die Wirksamkeit von Vertretungshandlungen der Vorstandsmitglieder notwendigen Voraussetzung nicht als eine solche des Vereins angesehen werden könnte. Ein solches Bedenken wird jedoch in dem angefochtenen Beschluß zu Unrecht erhoben.

Nach § 26 Abs. 2 S. 2 BGB. kann die Vertretungsmacht des Vorstandes durch die Satzung mit Wirkung gegen Dritte beschränkt werden. Die Beschränkung kann auch darin bestehen, daß für die Vertretungshandlungen eine bestimmte Form vorgeschrieben wird, ohne deren Einhaltung die von dem Vorstande namens des Vereins vorgenommenen Rechtsgeschäfte für den Verein nicht wirksam sein sollen. Demnach ist allerdings rechtlich möglich, daß die Ausübung der Vertretungsmacht der Vorstandsmitglieder von der Einhaltung einer ihnen durch die Satzung vorgeschriebenen besonderen Form der Zeichnung ihrer Unterschriften abhängig gemacht wird. Die Frage, ob das hier geschehen ist, muß nun im gegenwärtigen Verfahren entschieden werden. Es genügt zur Feststellung des Fehlens einer solchen Vertretungsbeschränkung nicht schon, daß sie im Vereinsregister nicht eingetragen ist. Die Vorschr. der §§ 68, 70 BGB. über die Bedeutung einer insoweit unvollständigen Registereintragung gelten nur für den rechtsgeschäftlichen Verkehr des Vereins mit Dritten, überheben den Grundbuchrichter aber nicht der Verpflichtung, den Umfang der Vertretungsmacht der Vorstandsmitglieder auf Grund der Satzung beim Bestehen von Bedenken selbständig zu prüfen. Die Feststellung der Bedeutung der oben wiedergegebenen Satzungsbest. erübrigt sich auch nicht dadurch, daß die Bewilligung der Vorstandsmitglieder zu notariellem Protokoll erklärt und die hierfür in den §§ 169 ff., insbes. § 177 FGG. vorgeschriebene Form gewahrt ist. Denn es ist mit dem Wesen der Protokollform nicht unvereinbar, daß ein Vertreter, was hier in Frage steht, seiner Unterschrift den Namen des Vertretenen zur Hervorhebung des Vertretungsverhältnisses zufügt. Durch die Satzung eines Vereins könnte also etwas derartiges zwingend vorgeschrieben werden.

Die Rechtmäßigkeit der Beanstandung des Eintragungsantrages ist hiernach von der Bedeutung der Satzungsbest. abhängig. Deren Auslegung durch das LG. ist aber rechtlich nicht einwandfrei. Es mag dahingestellt bleiben, ob eine für das Gericht der RBeschw. nach § 78 GBO. beachtliche Gesetzesverletzung schon in jeder Unrichtigkeit der Auslegung einer Vereinssatzung liegt. Denn auch wenn man die Nachprüfung auf die Frage beschränkt, ob das LG. den Sinn der einschlägigen Satzungsbest. ohne Verletzung besonderer Rechtsnormen festgestellt hat, gibt der angefochtene Beschluß hinreichenden Anlaß zu seiner Aufhebung. In den Gründen des Beschlusses wird in Erörterung der Bedeutung einer Satzungsbest. der hier vorl. Art folgendes ausgeführt: Wenn die Zeichnung der Vorstandsmitglieder nach der Satzung in der Weise erfolgen solle, daß die Zeichnenden zu den Namen des Vereins ihre Namensunterschrift hinzufügten, so sei damit der Wille zum Ausdruck gebracht, daß die Vorstandsmitglieder, wenn sie als solche unterschriftlich in Erscheinung träten, dies durch die geforderte Verbindung ihrer Namen mit dem Vereinsnamen besonders sinnfällig hervorzuheben hätten. Die Vollziehung der Urkunde solle also nach der Satzung an diese Form gebunden sein. Diese Best. sei auch Dritten gegenüber ohne weiteres bindend. Hierbei ist der Unterschied zwischen einer nach außen wirkenden Beschränkung der Vertretungsmacht der Vorstandsmitglieder und einer als Dienstanweisung für die Vorstandsmitglieder gedachten bloßen Ordnungsvorschr., durch deren Verletzung die Wirksamkeit der für den Verein abgegebenen Erklärungen nicht berührt wird, unbeachtet geblieben. Die Erwägung, daß das Vertretungsverhältnis besonders sinnfällig hervorgehoben werden solle, ergibt jedenfalls noch nichts für die Beurteilung der Frage, ob die entsprechende Satzungsbest. die eine oder die andere Bedeutung hat. Es bleibt durchaus möglich, daß die Vorstandsmitglieder zur Einhaltung der vorgeschriebenen Unterschriftsform verpflichtet, aber deshalb noch nicht in ihrer Vertretungsmacht dritten Personen gegenüber beschränkt sein sollten.

Diese Auslegung wird auch tatsächlich schon durch den Wortlaut der Satzung nahegelegt und durch weitere Umstände bestätigt. Der Vorstand soll den Verein „gerichtlich und außergerichtlich nach den ihm in dem Vereinsgesetz erteilten Befugnissen vertreten". Dies deutet auf eine unbeschränkte Vertretungsmacht hin, wie sie dem Gesetz (§ 26 Abs. 2 S. 1 BGB.) grundsätzlich entspricht. Wenn dann weiter gesagt wird, daß der Vorstand für den Verein zeichnet, und wenn wegen der Art der Zeichnung eine besondere Vorschr. gegeben wird, so braucht damit keine Ausnahme von dem vorhergehenden Satze beabsichtigt gewesen zu sein. Die Best. läßt sich dahin auffassen, daß durch sie nicht der Umfang der Vertretungsmacht des Vorstandes umgrenzt, sondern daß ihm lediglich eine Anweisung für deren Ausübung bei schriftlich vorgenommenen Rechtsgeschäften gegeben werden sollte. Es kommt hinzu, daß § 5 Abs. 2 S. 1 der Satzung ersichtlich den §§ 51, 233, 296 Abs. 4 HGB., § 35 Abs. 3 GmbHG., § 25 Abs. 2 GenG. nachgebildet

---

ganz sicherer Wegweiser (es wäre z. B. verfehlt, aus dem „kann nicht" in § 181 BGB. die Nichtigkeit des verbotswidrigen Rechtsgeschäfts zu folgern), so ist es ein noch weniger zuverlässiger bei Satzungsbest. Bei Gesetzesredaktoren läßt sich immerhin annehmen, daß sie sich einer bestimmten technisch-juristischen Terminologie bedienen und sie im allgemeinen festhalten; bei Verfassern von Vereinssatzungen, die vielfach Nichtjuristen ohne Bewußtsein von der Bedeutung eines technischen Sprachgebrauchs sind, wäre eine solche Annahme die reine Fiktion. Vielmehr wird sich bei Satzungsvorschr. die Entsch. darüber, welches die Folge ihrer Mißachtung sein soll, wenn sie nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, lediglich aus ihrem Zweck und aus der Interessenlage, aus der sie erwachsen sind, gewinnen lassen.

Diese vom KG. hier richtig befolgte Methode beansprucht übrigens nicht nur Beachtung, wenn es sich, wie im vorl. Falle, um Satzungsbest. handelt, welche dem Vorstand für Vertretungshandlungen die Einhaltung einer bestimmten Form vorschreiben, sondern auch bei der Auslegung von Satzungsvorschr. anderen Inhalts, etwa solcher, welche über Ort und Zeit der Mitgliederversammlung bestimmen oder die Einhaltung einer gewissen Frist zwischen der Berufung und der Abhaltung der Versammlung vorschreiben. Man wird, um bei diesem Beispiel zu bleiben, im allgemeinen davon auszugehen haben, daß solche Best. nur im Interesse der Mitglieder selbst gegeben sind und nicht ein öffentliches Interesse berühren. Ist dies richtig, so muß aber die bisher verbreitete (auch von mir vertretene) Meinung aufgegeben werden, daß Beschlüsse einer Mitgliederversammlung, die unter Außerachtlassung solcher Satzungsbest. berufen ist, schlechthin nichtig seien. Werden in bezug auf Ort und Zeit die satzungsmäßigen Grenzen nicht eingehalten, so genügt es, wenn jedes Mitglied den in einer solchen Versammlung gefaßten Beschluß als nicht satzungsmäßig zustande gekommen anfechten kann und, sofern der Beschl. etwa in das Vereinsregister eingetragen ist, die Löschung begehren kann. Solange aber kein Mitglied Widerspruch erhebt, liegt kein Anlaß vor, den Beschl. als nichtig zu behandeln und, wenn eingetragen, von Amts wegen zu löschen; weder gebietet dies ein öffentliches Interesse noch ein schutzwürdiges Interesse Dritter, die außerhalb des Vereins stehen; es ist anzunehmen, daß vereinsfremde Interessen, soweit sie dem Gesetzgeber rechtspolitisch wichtig erscheinen, im Gesetze gewahrt und nicht erst in der Satzung zu sichern sind. Eine ganz andere Frage ist, ob in der einmaligen, mit Zustimmung aller Mitglieder erfolgenden Abweichung von der Satzungsbest. über Ort oder Zeit oder Fristeinhaltung eine Satzungsänderung zu erblicken ist; diese Frage möchte ich verneinen. —

Der Beschl. des KG. läßt es ausdrücklich dahingestellt, ob in jeder Unrichtigkeit der Auslegung der Vereinssatzung eine nach § 78 GBO. beachtliche Gesetzesverletzung liege. Zweifellos ist, daß auch in diesem § 78 das Gesetz i. S. jeder Rechtsnorm zu verstehen ist; das ergibt sich unmittelbar aus dem nach § 78 anzuwendenden § 512 ZPO. Im übrigen wird man hier zwei Fragen auseinanderhalten müssen: Die Frage, ob Satzungsvorschr. Rechtsnormen i. S. von § 512 ZPO. sind, und die davon verschiedene Frage, ob die Auslegungsregeln, nach welchen der Sinn einer Satzungsvorschr. zu erforschen ist, ihrerseits Rechtsnormen sind. Die erste Frage verneine ich; die zweite bin ich geneigt zu bejahen. Die Bestimmungen von Vereinssatzungen erzeugen m. E. nicht objektives Recht, sondern nur subjektive Rechtsverhältnisse, Rechte, Ermächtigungen und Pflichten für diesen Verein und seine Mitglieder. Das Schlagwort von der Vereinsautonomie ist kein Gegenbeweis. Es bedeutet nur, daß den Vereinen durch das Gesetz (§ 25 BGB.) die Befugnis gewährleistet ist, sich ihre Verfassung selbst zu geben (vgl. RG. 73, 194), besagt aber nichts über die rechtliche Natur der so zustande gekommenen Normen. Der Gründungsvertrag, durch den die Vereinssatzung geschaffen wird, ist im heutigen Recht einfach ein Ausfluß der rechtsgeschäftlichen Gestaltungsfreiheit, wie sie grundsätzlich jeder natürlichen oder juristischen Person zusteht. Ich kann aber auf die bestrittene Frage der Vereinsautonomie hier nicht weiter eingehen. Auch wer das hier über sie Gesagte für zutreffend hält, also in Satzungsbestimmungen grundsätzlich rechtsgeschäftliche Erklärungen und nicht Normen einer objektiven Rechtsordnung erblickt, ist nicht gehindert, die Auslegungsregeln, nach welchen der Inhalt von Satzungsbest. zu erforschen ist, als Rechtsnormen i. S. des § 512 ZPO. und damit auch als Gesetz i. S. des § 78 GBO. anzusehen. Auslegungsregeln sind, gleichviel ob sie eine gesetzliche Festlegung erfahren oder ihren Geltungsgrund nur in wissenschaftlicher Erkenntnis und praktischer Bewährung haben, Sätze des objektiven Rechts, und es ist für diesen ihren Charakter auch gleichgültig, ob Gegenstand ihrer Anwendung Gesetzesvorschr. oder Satzungsbest. oder Verträge oder einseitige private Willenserklärungen sind.

Prof. E. Riezler, München.

ist. Diese Vorschr. werden aber in Rspr. und Schrifttum allgemein nur als Ordnungsvorschr. angesehen, die den Umfang der Vertretungsmacht des Prokuristen, Vorstandsmitgliedes oder Geschäftsführers nicht berühren (RG. 50, 69; 75, 1 ff.[1]); 83, 121; RG.: JW. 1901, 519; JurRdsch. 28 Nr. 338; KGJ. 13, A 170; 21, A 104; 33, A 156; 41, 175; OLG. 20, 66; 24, 148; Hachenburg, GmbHG. zu § 35 Anm. 29, 30; Brodmann, GmbHG. zu § 35 Anm. 4a; Parisius-Crüger, GmbHG. zu § 25 Anm. 13). Dadurch wird die Annahme, daß die entsprechende Satzungsbest. des beschwerdeführenden Vereins ebenfalls keine weitergehende Bedeutung hat, erheblich unterstützt. Endlich ist zu beachten, daß dem Vorstande des Vereins der mündliche Abschluß von Rechtsgeschäften nicht verwehrt ist. Dann kann aber die überflüssigerweise hinzutretende Errichtung einer Urkunde darüber wohl nicht die Folge haben, daß das Geschäft wegen eines Mangels bei der Unterzeichnung der Urkunde unwirksam wird. Auch ein Unterschied zwischen formlos abzuschließenden Rechtsgeschäften und solchen, die einer bestimmten Form unterliegen, läßt sich bei Anwendung der die Art der Zeichnung der Vorstandsmitglieder betr. Satzungsbest. nicht machen. Es fehlt jeder Anhalt für die Annahme, daß die Best. nur für formbedürftige Rechtsgeschäfte gelten oder daß sie nur bei solchen die Bedeutung einer Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstandes haben sollte. Nach alledem rechtfertigt es sich, in der erörterten Satzungsbest. lediglich eine Ordnungsvorschr. zu sehen, die zwar von den Vorstandsmitgliedern zu beachten ist, die aber keine besondere Voraussetzung für die Wirksamkeit der von ihnen namens des Vereins schriftlich abgegebenen Erklärungen aufstellt. Für den Grundbuchrichter muß es deshalb genügen, daß die Vorstandsmitglieder bei Abgabe ihrer Erklärungen die Absicht, für den vertretenen Verein zu handeln, deutlich kundgeben. Das ist hier in den notariellen Protokollen mit ausdrücklichen Worten geschehen.

(KG., 1. FerZivSen., Beschl. v. 28. Juli 1932, 1 x 460/32.)

Mitgeteilt von KGR. Dr. Karge, Berlin.

*

2. § 7 PrAusfG. z. § 22 GBVereinG. v. 16. März 1931 (GS. 16); § 3 DurchfVO. (GS. 1931, 19). Abweichend von dem Grundsatz der Gebührenfreiheit erscheint es im Einzelfall billig, einem Beteiligten die Gebühr für eine im Wege der Grundbuchbereinigung von Amts wegen erfolgte Löschung aufzuerlegen, wenn einer Löschung auf dem ordentlichen Wege sachliche oder persönliche Gründe nicht entgegenstanden und der Beteiligte selbst die Löschung angeregt hat.

Die Löschung der Auflassungsvormerkung, die auf Anregung des Notars durch den Vermerk „von Amts wegen als gegenstandslos gelöscht" erfolgt ist, ist gem. § 1 Abs. 1 Ziff. 1, Abs. 2 PrAusfG. zu § 22 GBVereinG. v. 16. März 1931 (GS. 16) vorgenommen worden (vgl. KG. 1 a X 1342/31). Nach dieser Vorschr. kann nämlich eine Eintragung über ein Recht, wozu auch Vormerkungen gehören, von Amts wegen als gegenstandslos gelöscht werden. Gegenstandslos ist eine Eintragung u. a. dann, wenn das Recht, auf das sie sich bezieht, nicht besteht und seine Entstehung ausgeschlossen ist. Dieser Fall lag hier insofern vor, als der gesicherte Auflassungsanspruch durch die Eintragung des Berechtigten als Eigentümer erloschen war. Die BeschwF. beruft sich nun auf § 7 dieses Gesetzes, wonach die auf Grund desselben erfolgenden Löschungen gebührenfrei sind. Demgegenüber hält das LG. § 7 Abs. 1 Satz 2 l. c. für anwendbar, der dem GBA. die Befugnis gibt, die Gebühr für die Löschung einem Beteiligten aufzuerlegen, wenn dies den Umständen nach angemessen ist. Diese Vorschr. findet ihre Ergänzung in § 3 DurchfVO. (GS. 1931, 19), wonach das GBA. von der Befugnis, einem Beteiligten die Gebühr für die Löschung aufzuerlegen, nur Gebrauch machen soll, wenn die Abweichung von dem Grundsatz der Gebührenfreiheit im Einzelfall billig erscheint. In der Begr. des Gesetzes (PrLTDrucks. 1931, IX, Nr. 5708 S. 5776) ist hierzu folgendes ausgeführt: „Da die Beseitigung der gegenstandslosen Eintragungen nicht nur im Interesse der von ihnen Betroffenen, sondern auch im allgemeinen Interesse, zur Erleichterung des Grundbuchverkehrs und zur Entlastung des GBA. erfolge, erscheine es angemessen, für das Verfahren erster Instanz einschließlich der dabei erfolgenden Beurkundungen und der Löschungen grundsätzlich keine Gebühren zu erheben ... In besonderen Fällen, wenn die Umstände es angemessen erscheinen ließen, könne aber das GBA. einem Beteiligten die in PrGKG. vorgesehene Löschungsgebühr auferlegen. Damit solle vornehmlich verhindert werden, daß das Gesetz benutzt werde, um kostenlose Löschungen in Fällen zu erzielen, die normalerweise nicht in den Rahmen des Gesetzes fielen, d. h. in denen keine sachlichen oder persönlichen Gründe bestünden, die der Löschung auf dem ordentlichen Wege entgegenständen. „Solche der Löschung im ordentlichen Wege entgegenstehenden Gründe sind hier nach Ansicht des LG. nicht ersichtlich. Denn die Grundbuchbereinigung bezieht sich hauptsächlich auf die Beseitigung der durch die Aufwertung herbeigeführten Unübersichtlichkeit der Grundbücher und auf die Beseitigung von Eintragungen aus alter Zeit, die offenbar durch die Veränderung der wirtschaftlichen oder örtlichen Verhältnisse überholt sind, nach menschlichem Ermessen auch in Zukunft keine Bedeutung mehr erlangen können, und deren Löschung vielfach bisher unterblieben ist, weil die Herbeischaffung der erforderlichen Löschungsunterlagen mit erheblichen Schwierigkeiten und Kosten verbunden ist. Im Gegensatz hierzu konnte die Löschung der erst kürzlich eingetragenen Vormerkung auf Grund eines Antrags des Berechtigten im ordentlichen Wege leicht erfolgen (KGJ. 32 B 16). Dieser Auffassung des Vorderrichters war lediglich beizutreten. Der BeschwF. kann nicht zugegeben werden, daß die Löschung der Auflassungsvormerkung, die übrigens von der gebührenfreien Rötelung nach § 14 Abs. 3 AusfVO. v. 20. Nov. 1899 wohl zu unterscheiden ist (KGJ. 52 B 228; KG.: Ztschr. 31, 24), nicht auch in ihrem Interesse lag, zumal die Anregung dazu von ihr selbst ausgegangen ist. Daher ist ihr zu Recht die Gebühr für die Löschung der Auflassungsvormerkung auferlegt worden.

(KG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 3. Febr. 1933, 1a X 56/33.)

Mitgeteilt von KGR. Heydtmann, Berlin.

*

3. § 247 BGB. Die Bestimmung, daß die vereinbarte vierteljährliche Kündigung bei pünktlicher Zinszahlung bis zu einem bestimmten Zeitpunkte ausgeschlossen sein solle, verstößt für sich allein nicht gegen § 247 Abs. 1 Satz 2 BGB. Das gesetzliche Kündigungsrecht des § 247 Abs. 1 Satz 1 BGB. bedarf zu seiner Erhaltung gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs bei Hypotheken nicht der Eintragung.

Die Grundstückseigentümer bewilligten und beantragten die Eintragung einer Hypothek für ein mit 8% jährlich verzinsliches und nach vierteljährlicher, nur zu einem Vierteljahrsersten zulässiger Kündigung rückzahlbares Darlehen. Hinsichtlich der Kündigung heißt es in der Urkunde weiter:

„Die Kündigung soll jedoch bis zum 1. April 1934 beiderseits ausgeschlossen sein, sofern die Zinsen pünktlich, d. h. innerhalb 14 Tagen nach Fälligkeit an den Gläubiger gezahlt werden."

Der Grundbuchrichter beanstandete den Antrag; er führte aus, daß die Kündigungsbestimmungen gegen § 247 BGB. verstießen. Er verlangte daher eine entsprechende Ergänzungserklärung. Die Beschwerde der Grundstückseigentümer hatte keinen Erfolg. Ihre weitere Beschwerde führte zur Aufhebung der Vorentscheidung.

Träfe die Auffassung der Vorinstanzen zu, daß die Best., die vereinbarte vierteljährliche Kündigung solle bei pünktlicher Zinszahlung bis zum 1. April 1934 ausgeschlossen sein, gegen § 247 Abs. 1 Satz 2 BGB. verstoße, so wäre allerdings die erwähnte Best., da sie einem gesetzlichen Verbot zuwiderliefe, nach § 134 BGB. nichtig und daher von der Eintragung ausgeschlossen (Güthe-Triebel, 5. Aufl., Vorbem. 33 zu II. Abschn. S. 222), so daß eine Berichtigung (Ergänzung) der Bewilligung erforderlich wäre. Die Ansicht der Vorinstanzen ist jedoch rechtsirrtümlich. Nach § 247 Abs. 1 BGB., der seit dem 1. Jan. 1932 auf Grund von § 8 Teil 1 Kap. III Abschn. 1 der 4. NotVO. v. 8. Dez. 1931 wieder in Kraft ist, kann der Schuldner, wenn ein höherer Zinssatz als 6% für das Jahr vereinbart ist, nach dem Ablaufe von sechs Monaten das Kapital unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten kündigen. Dieses dem Schuldner vom Gesetz eingeräumte Kündigungsrecht kann nach § 247 Abs. 1 Satz 2 BGB. nicht durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden. Nach dem Wortlaute des Gesetzes könnte es scheinen, als wäre Voraussetzung für die Anwendung des § 247 Abs. 1 Satz 1 BGB. allein die Tatsache, daß ein höherer Zinssatz als 6% vereinbart worden ist. Bei einer solchen Auffassung würde jedoch der Sinn und Zweck der genannten Vorschr. verkannt. Diese ist eine Schutzbestimmung zugunsten des wirtschaftlich Schwachen (RG. 66, 411). Das durch sie gewährte Kündigungsrecht soll, wie es in den Protokollen (vgl. Mugdan, Materialen Bd. 3 S. 628, 629) heißt, ein Mittel gegen den Mißbrauch der wirtschaftlichen Übermacht des Gläubigers gegenüber dem Schuldner sein, und wird gerechtfertigt auch durch den allgemeinen Gedanken, daß die Fixierung der Erträgnisse eines Kapitals auf lange Zeit wegen der Veränderlichkeit des Kapitalwertes wirtschaftlich bedenklich sei. Die Anwendung von § 247 Abs. 1 Satz 1 BGB. setzt hiernach neben der Vereinbarung eines 6% übersteigenden Zinssatzes voraus, daß der Schuldner durch den Vertrag für längere Zeit gebunden ist. Denn nur in diesem Falle bedarf er des Schutzes durch die Gewährung des in § 247 Abs. 1 Satz 1 BGB. bestimmten Kündigungsrechts. Ist das Kapital nach den getroffenen Best. von vornherein mit einer Frist von sechs oder weniger Monaten kündbar, so ist für einen Schutz des Schuldners und damit für die Anwendung des § 247 Abs. 1 Satz 1 BGB. kein Raum. Ebenso fehlt

[1]) JW. 1910, 998.

es an jeder Möglichkeit für die Anwendung dieser Vorschr., wenn bei einer für eine Darlehnsforderung bestellten Hypothek überhaupt keine Vereinbarung über die Rückzahlung des Darlehns getroffen ist. Alsdann gelten nämlich die vom Gesetz (§ 609) für das Darlehn gegebenen Zahlungsbestimmungen auch für die Hypothek (Planck, 4. Aufl., § 1115 Anm. 5c, § 1141 Anm. 1). Der Schuldner einer mit mehr als 6% verzinslichen Darlehnsforderung kann daher nach § 609 Abs. 2 BGB. bei einem Darlehen von mehr als 300 *RM* mit einer Frist von drei Monaten, bei Darlehen von geringerem Betrage mit einer Frist von einem Monat kündigen. Ist der persönliche Schuldner nicht zugleich der Eigentümer, so ist der Eigentümer gem. § 1141 BGB. in der Lage, die Hypothekenforderung auf Grund der gesetzlichen Kündigungsbestimmungen des § 609 Abs. 2 BGB. fällig zu machen (Planck, § 1141 Anm. 1). Der Schuldner oder Eigentümer braucht also in diesen Fällen keinen Schutz auf Grund des § 247 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Wenn hiernach im vorl. Falle bestimmt ist, daß das Darlehen nach vierteljährlicher Kündigung zurückzuzahlen sei, die Kündigung aber bei pünktlicher Zinszahlung bis zum 1. April 1934 ausgeschlossen werde, so wird durch diese bedingte Ausschließung der Kündigung überhaupt erst die rechtliche Grundlage für die Anwendung des in § 247 Abs. 1 Satz 1 BGB. bestimmten Kündigungsrechts geschaffen. Nichtig ist aber nach § 247 Abs. 1 Satz 2 i. Verb. m. § 134 BGB. nur der Vertrag, durch den das gesetzliche Kündigungsrecht des § 247 Abs. 1 Satz 1 BGB. ausgeschlossen wird. Der Vertrag muß also, damit er gegen § 247 Abs. 1 Satz 2 BGB. verstößt, zum Inhalte und Gegenstand haben die Ausschließung oder Beschränkung des dem Schuldner in § 247 Abs. 1 Satz 1 BGB. gewährten Kündigungsrechts. Die Best. der vorl. Eintragungsbewilligung, nach welcher die Kündigung bis zum 1. April 1934 ausgeschlossen sein solle, betrifft jedoch nur die Ausschließung der vereinbarten vierteljährlichen Kündigung. Wenn es vielleicht auch rechtlich nicht unmöglich sein mag, daß eine Vereinbarung, durch die das vertragliche Kündigungsrecht auf gewisse Zeit ausgeschlossen und damit das gesetzliche Kündigungsrecht des § 247 Abs. 1 Satz 1 BGB. begründet wird, auch zugleich die Ausschließung des durch die Vereinbarung erst begründeten gesetzlichen Kündigungsrechts zum Gegenstande hat, so wäre für eine dahingehende Annahme doch das Vorliegen ganz besonderer Umstände erforderlich, die hier von den Vorinstanzen nicht festgestellt, aber auch nicht zu erkennen sind.

Die Annahme der Nichtigkeit der erwähnten Best. durch die Vorinstanzen beruht hiernach auf Rechtsirrtum.

Falls etwa die Vorinstanzen mit dem Verlangen nach Ergänzung der Bewilligung gemeint haben sollten, daß das Vorhandensein des gesetzlichen Kündigungsrechts des § 247 Abs. 1 Satz 1 BGB. zum weiteren rechtsgeschäftlichen Inhalte der Hypothekenforderung gemacht werden müsse, so wäre auch diese Auffassung nicht zu billigen. Wie bei einer Darlehnshypothek, bei der keine Rückzahlungsbestimmungen vereinbart sind, sich aus der Unterlassung der Vereinbarung von Zahlungsbedingungen das Eingreifen der gesetzlichen Kündigungsbestimmungen des § 609 BGB. ergibt, ohne daß dies besonders im Grundbuche vermerkt wird, so folgt auch bei Darlehnshypotheken, die mit mehr als 6% zu verzinsen sind und deren Kündigung für längere Zeit ausgeschlossen ist, aus dem vereinbarten Inhalt der gesicherten Darlehnsforderung das Kündigungsrecht des § 247 Abs. 1 Satz 1 BGB. Dieses Kündigungsrecht ist eine gesetzliche Wirkung des rechtsgeschäftlichen Inhalts der Hypothek. Als solche ist sie ebensowenig eintragungsfähig wie das gesetzliche Recht des Gläubigers, nach § 1133 BGB. die sofortige Zahlung des Kapitals aus dem Grundstücke zu verlangen (Güthe-Triebel, Vorbem. 33 zu Abschn. II S. 223 oben). Aber auch zur Erhaltung des gesetzlichen Kündigungsrechts gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs ist es nicht notwendig, das Kündigungsrecht durch eine entsprechende Erklärung in der Eintragungsbewilligung und durch Eintragung in das Grundbuch zum rechtsgeschäftlichen Inhalt der Hypothek zu machen. Denn das Bestehen des gesetzlichen Kündigungsrechts ergibt sich bereits aus dem rechtsgeschäftlichen Inhalte der Hypothek, wie er bisher vereinbart ist. Wie in dem Falle, daß bei einer Darlehnshypothek keine Zahlungsbestimmungen verabredet sind, das Eingreifen der gesetzlichen Best. des § 609 BGB. nicht zum besonderen rechtsgeschäftlichen Inhalte der Hypothek gemacht zu werden brauchen, damit sie auch gegenüber einem gutgläubigen Erwerber geltend gemacht werden können (Planck § 1115 Abs. 5c), so bedarf auch das gesetzliche Kündigungsrecht des § 247 Abs. 1 Satz 1 BGB. nicht der Eintragung, wenn sein Bestehen aus dem sonstigen rechtsgeschäftlichen Inhalte der Hypothekenforderung hervorgeht.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 27. Okt. 1932, 1 X 572/32.)

Mitgeteilt von KGR. Dr. Karge, Berlin.

*

4. Art. 182, 184 EGBGB.; Art. 89 PrAGBGB. **Ein unter dem altrechtlichen Begriff „Kellereigentum" begründetes Recht kann unter dieser Bezeichnung nicht mehr in das Grundbuch eingetragen werden. Ein bereits vor dem 1. Jan. 1900 eingetragenes Kellerrecht bleibt mit verändertem Inhalt in Kraft.** †)

Das in den Rheinlanden ausgebildete und sich auf Art. 553 des Code civil gründende „Kellereigentum" wurde teils als selbständige Gerechtigkeit, teils als Grunddienstbarkeit, als Bestandteil des berechtigten Grundstücks und teils als Eigentum an einem Hohlraum unter einem fremden Grundstücke aufgefaßt. Es konnte aber auch Stockwerkseigentum sein (Meißner-Stern, Preußisches Nachbarrecht § 4 II S. 44; RG. 56, 259; RheinArch. 83, 247; Rhein. AWRZ. 9, 155; 8, 107; 9, 149; Rhein. Arch. 101, 11).

Der Art. 553 des Code civil ist durch Art. 89 AGBGB. aufgehoben worden. Nach Art. 181 EGBGB. finden auf das z. Z. des Inkrafttretens des BGB. bestehende Eigentum von dieser Zeit an die Vorschr. des BGB. Anwendung. Danach kann — von § 95 BGB. abgesehen — ein Keller gem. § 93 BGB. nicht mehr Gegenstand eines gesonderten Eigentums sein, da er nach § 94 BGB. wesentlicher Bestandteil des Grundstücks ist. Die vor dem 1. Jan. 1900 begründeten Kellerrechte hat man nunmehr je nach der Lage des Einzelfalles als nach Art. 184 EGBGB. aufrecht erhaltene selbständige Gerechtigkeiten, Dienstbarkeiten oder Erbbaurechte aufzufassen, soweit nicht ein Stockwerkseigentum anzunehmen ist, das nach Art. 182 EGBGB. bestehen geblieben ist und Miteigentum des Kellereieigentümers an den gemeinschaftlichen Teilen des unterkellerten Hauses und der Grundfläche zur Voraussetzung hat (Meißner-Stern a. a. O. § 4 III 2).

Hieraus und aus Art. 189 Abs. 1 S. 2 EGBGB. folgt, daß ein unter dem altrechtlichen Begriff des „Kellereigentums" begründetes Recht unter dieser Bezeichnung seit dem 1. Jan. 1900 nicht mehr eintragungsfähig ist; sodann aber auch, daß ein bereits eingetragenes Kellerrecht von dem genannten Zeitpunkte an nicht als erloschen gelten kann. Denn Eintragungen, die nach dem z. Z. ihrer Vornahme geltenden Rechte gültig gewesen sind, bleiben auch nach dem 1. Jan. 1900 in Kraft, wenn nicht infolge einer Änderung der Gesetzgebung eine Eintragung mit ehedem zulässigem Inhalt rückwirkend für nicht mehr eintragungsfähig erklärt wird (KGJ. 40, S. A. 231; 52, S. A. 207). Daß die vor dem Inkrafttreten des BGB. begründeten Kellerrechte nicht mit rückwirkender Kraft aufgehoben worden sind, ergibt Art. 181 EGBGB.; sie bestehen fort, aber mit einem veränderten Inhalte.

Zu 4. Nach mehr als dreißig Jahren nach dem Inkrafttreten des BGB. die Frage nach dem Fortbestande des Kellereigentums im Falle seiner Eintragung vor 1900 im Gebiete des früheren rheinischen Rechts.

A. war als „Kellereigentümer" an dem Keller unter einem Grundstück des B., und dieser als Eigentümer des Grundstückes, aber ohne den Keller eingetragen. Im Gegensatze zum GBA. und zum LG. hat das KG. die Eintragung des Kellers zugunsten des A. für „inhaltlich" zulässig erlärt, insoweit „die jetzigen Eintragungen als Verlautbarung einer auch unter dem BGB. in Geltung gebliebenen dinglichen Rechts aufgefaßt werden können". Die Auffassung des KG. steht im Einklang mit der herrschenden Rechtsmeinung. So z. B. die zusammenfassende Übersicht über Schrifttum und Rspr. bei Meißner-Stern, Nachbarrecht, 1927, § 4 S. 43 f., Art. 553 C. c., die Grundlage des vom übrigen Grundstücke gesonderten Kellereigentums ist durch Art. 89 PrAGBGB. aufgehoben. Nach Art. 181 EGBGB. ist mit dem 1. Jan. 1900 Sondereigentum an einem wesentlichen Bestandteil eines Grundstücks, dazu rechnet der Keller, erloschen. Aber Stockwerkseigentum (Art. 182), Rechte, die ein Grundstück belasten, insbes. Erbbaurecht und Grunddienstbarkeit (Art. 184), aus der Zeit vor der Geltung des BGB. bleiben bestehen. Man hat das Kellereigentum als Stockwerkseigentum aufgefaßt. „Doch ist zu beachten, daß von wahrem Stockwerkseigentum nur die Rede sein kann, wenn der Kellereigentümer zugleich Miteigentümer der gemeinschaftlichen Teile des unterkellerten Hauses und der Grundfläche ist". Meißner-Stern S. 45. Erbbaurecht kann das Kellereigentum nicht werden, wenn der Keller Teil des Gebäudes über ihm ist, weil das Erbbaurecht nicht auf einen Teil des Gebäudes beschränkt werden darf (§ 1014 BGB. i. Verb. m. § 38 ErbbVO.). Aber eine verbreitete Meinung geht dahin, „daß auch ein den Grundmauern des Hauses eingebetteter, also baulich mit ihm verbundener Keller, dann als selbständiges Ganzes zu gelten hat, wenn er selbständig benutzbar, wirtschaftlich vom Hause unabhängig ist, d. h. von dem Haus aus überhaupt keine Zugangs- und Nutzungsmöglichkeit hat" (Meißner-Stern S. 47). Weiter fragt sich, ob nach dem z. Z., wo das KG. urteilte, insoweit noch ungeklärtem Tatbestande, das Kellereigentum die Merkmale einer Grunddienstbarkeit hatte. Soweit die Voraussetzungen einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit feststellbar wären, bliebe noch zu beachten, daß eine solche Dienstbarkeit unübertragbar und unveräußerlich ist (§ 1092 BGB.).

RA. Dr. Plum, Köln.

Darüber, ob vorliegend das gelöschte „Kellereigentum" als ein nach dem BGB. zulässiges Recht bei Bestand geblieben ist, hat das GBA. bisher keine Feststellungen getroffen. In ein Erbbaurecht kann es sich jedenfalls dann nicht umgewandelt haben, wenn der fragliche Keller Teil des über ihm errichteten Gebäudes ist, da nach § 1014 BGB., der hier gem. § 38 ErbbVO. v. 15. Jan. 1919 gilt, die Beschränkung des Erbbaurechts auf einen Teil eines Gebäudes unzulässig ist. Ein Keller ist jedoch dann nicht als Gebäudeteil anzusehen, wenn er selbständig benutzbar ist und von dem Hause aus überhaupt keine Zugangs- und Nutzungsmöglichkeit hat, und nach der Verkehrsanschauung nicht als Teil des darüber errichteten Gebäudes, sondern als selbständiges Bauwerk anzusehen ist (Meißner-Stern a. a. O. III 4b, S. 47 und die Anm. 2 Angef.; Dernburg, BGB. § 162 Anm. 8; Silberschmidt: SeuffBl. 69, 400f.; RGRKomm., 6. Aufl., 11 zu § 1 ErbbVO.; Staudinger, II, 2 u. V A zu § 1 ErbbVO.; Wittmaack, Erbbaurecht, A. 20 A 1). In diesem Falle erscheint er seiner Natur und Beschaffenheit nach als ein selbständiges Ganzes und kann daher der Gegenstand eines Erbbaurechts sein.

Ist der in Rede stehende Keller Gebäudebestandteil, so kommt eine selbständige Gerechtigkeit in Frage, wenn das Recht am Keller ohne Beziehung zu dem Eigentum an einem anderen Grundstück, als veräußerliches und vererbliches dingliches Recht begründet ist, oder eine Grunddienstbarkeit, wenn das Recht mit dem Eigentum an einem anderen Grundstück verbunden ist und diesen Vorteil bietet. Fehlte die letztere Voraussetzung, so wäre zwar die Entstehung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit möglich gewesen; diese wäre jedoch, da sie unübertragbar und unveräußerlich ist (§ 1092 BGB.) mit der Auflassung und der Eintragung der Parzelle Flur A. Nr. 2864/986 auf den Namen des BeschwF. und seiner Ehefrau auf diese nicht mitübergegangen und mit dem Tode des Vaters des BeschwF. erloschen.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 23. Juni 1932, 1 X 326/32.)

Mitgeteilt von JR. Thewalt, Trier.

*

5. § 63 Abs. 1 Ziff. 1 JWohlfG. i. d. Fass. der NotVO. v. 4. Nov. 1932 (RGBl. I, 522). Die vorbeugende Fürsorgeerziehung hat der öffentlichen Fürsorge stets dann vorzugehen, wenn die anderweite Unterbringung eines hilfsbedürftigen Minderjährigen zur Verhütung seiner nicht lediglich körperlichen Verwahrlosung erforderlich ist und zur Durchführung dieser Unterbringung öffentliche Mittel in Anspruch genommen werden müssen.

Das VormGer. hat den Antrag des Jugendamts, ein infolge von Mißhandlungen der Eltern erblindetes Kind gem. § 63 Abs. 1 Ziff. 1 JWohlfG. zur Fürsorgeerziehung zu bringen, abgelehnt. Zugleich hat es dem Vater gem. § 1666 Abs. 1 BGB. das Sorgerecht entzogen und dem Jugendamt übertragen. Die sofortige Beschw. des Jugendamts gegen den die Anordnung der Fürsorgeerziehung ablehnenden Beschl. ist vom LG. zurückgewiesen worden. Die weitere Beschw. des Jugendamts hatte Erfolg.

Der landgerichtliche Beschl. unterliegt schon deshalb der Aufhebung, weil der Minderjährige in zweiter Instanz nicht gehörig vertreten war. Denn gleichzeitig mit der Ablehnung der Fürsorgeerziehung hat das VormGer. den Eltern das Recht der Sorge für die Person dieses Kindes entzogen und es dem Kreisjugendamt übertragen. Durch diesen Beschl., der mit seiner Bekanntmachung an die Eltern nach § 16 RFGG. wirksam geworden war, ist das Jugendamt auch gesetzlicher Vertreter des Minderjährigen hinsichtlich des Personensorgerechts geworden. Denn die Entziehung dieses Rechts hat regelmäßig die Bedeutung, daß zugleich auch das Vertretungsrecht in persönlichen Angelegenheiten als entzogen gilt. Die gesetzliche Vertretung des Minderjährigen lag also in zweiter Instanz in den Händen desselben Jugendamts, auf dessen Antrag das Verfahren eingeleitet war und das alsdann gegen die Ablehnung der Fürsorgeerziehung Beschw. erhoben hat. Infolgedessen war dieses Jugendamt an der gesetzlichen Vertretung des Minderjährigen in der BeschwInst. verhindert (JMBl. 1930, 33; JFG. 7, 65 ff.). Daher hätte es zunächst der Bestellung eines Sonderpflegers aus § 1909 Abs. 1 Satz 1 BGB. zur Wahrnehmung der Rechte des Minderjährigen in dem Fürsorgeerziehungsverfahren bedurft, der alsdann vor Entsch. über die Beschw. in entsprechender Anwendung von § 65 Abs. 2 JWohlfG. zu hören war.

Bei der erneuten Erörterung der Voraussetzungen des § 63 Abs. 1 Ziff. 1 JWohlfG. i. d. Fass. der NotVO. v. 4. Nov. 1932 (RGBl. I, 522) werden ferner folgende Gesichtspunkte zu beachten sein:

Nachdem dem Vater das Sorgerecht entzogen worden ist, ist nicht von § 1666 Abs. 1 BGB., sondern von § 1838 das. auszugehen. Diese Vorschr., die für sich allein gegenüber dem Jugendamt als bestelltem Pfleger nach §§ 33, 46 JWohlfG. keine Anwendung finden würde, ist im Zusammenhang des § 63 Abs. 1 Ziff. 1 JWohlfG. nur der Teil eines Sondertatbestandes, dessen Vorliegen nicht dadurch gehindert wird, daß die Personensorge dem Jugendamt als Pfleger obliegt (ähnlich Friedeberg-Polligkeit, JWohlfG., 2. Aufl., § 63 Anm. 5 a. E., S. 486).

Was die fernere Voraussetzung anlangt, daß die anderweite Unterbringung des Minderjährigen zur Verhütung einer nicht lediglich körperlichen Verwahrlosung erforderlich sein muß, so führt das LG. aus, daß eine Verwahrlosung auf anderen Gebieten in keiner Weise zu befürchten sei. Es lägen nämlich lediglich Mißhandlungen seitens der Eltern während der Zeit, in der der Minderjährige sich in ihrem Haushalt befunden habe, vor. Die körperlichen Züchtigungen hätten zwar weitgehendst das zuständige Maß überschritten und einen Schädelbruch des Kindes herbeigeführt, der dessen Einlieferung in das Krankenhaus und die spätere Überführung in die Universitätsnervenklinik notwendig gemacht habe. Infolge des Schädelbruchs habe das Kind die Sehkraft verloren, und es bestehe die Gefahr, daß diese nicht wiederkehre. Alle diese Umstände rechtfertigten aber nicht die Annahme, daß eine andere als höchstens körperliche Verwahrlosung des Kindes zu befürchten sei. Diese Ausführungen erschöpfen nicht den Sachverhalt. Körperliche Verwahrlosung wird häufig mit einer Gefährdung oder Schädigung der geistigen und sittlichen Entwicklung einhergehen. Möglicherweise ist das Kind vorläufig noch völlig unverdorben. Es ist aber nicht außer Betracht zu lassen, daß dauernde schwere körperliche Mißhandlungen schließlich geeignet sein können, dem Kinde jedes Gefühl für Zucht, Sitte und Gerechtigkeit zu nehmen, es z. B. unaufrichtig, verstockt und verlogen zu machen und so auch geistig und sittlich verkommen zu lassen. Außerdem können gerade wiederholte Schläge auf den Kopf die geistige Entwicklung des Kindes beeinträchtigen. Die Gefahr einer derartigen Auswirkung der ständigen Mißhandlungen auf das geistige und sittliche Gebiet kann aber unter Umständen die Annahme einer drohenden Verwahrlosung auch in dieser Richtung rechtfertigen (JMBl. 1912, 168; KGJ. 43 A, 69; Noelle-Boschan, FürsErzG., § 1 Anm. 7 E a S. 49; Nachrichtendienst 1932, 298).

Ergeben hiernach die weiteren Erörterungen, daß die anderweite Unterbringung auch zur Verhütung einer geistigen und sittlichen Verwahrlosung erforderlich ist, so steht der vom LG. ferner hervorgehobene Umstand, daß das Kreisjugendamt durch Übertragung des Sorgerechts in die Lage versetzt sei, für eine anderweite Unterbringung des Kindes zu sorgen, der Anordnung der Fürsorgeerziehung an sich nicht entgegen. Nur wenn es dem Jugendamt gelänge, das Kind auf Kosten des Vaters oder eines unterhaltspflichtigen Verwandten oder im Wege der freien Liebestätigkeit in einer seinen erzieherischen Bedürfnissen angepaßten Weise anderweit unterzubringen, würde die Fürsorgeerziehung entbehrlich sein. Ist aber eine solche Lösung nicht möglich, und müßten deshalb zum Zwecke einer nach dem Ermessen des VormGer. geeigneten Unterbringung öffentliche Mittel in Anspruch genommen werden (§ 6 d der Reichsgrundsätze; § 6 PrAusfVO. zur VO. über die Fürsorgepflicht v. 17. April 1924, abgedruckt bei Baath, Fürsorgepflicht, 7. Aufl., S. 392 ff.), so ist die Fürsorgeerziehung nicht zu vermeiden. Diese hat also der öffentlichen Fürsorge stets dann vorzugehen, wenn der Zweck der Unterbringung die Verhütung einer nicht lediglich körperlichen Verwahrlosung ist (Noelle-Boschan a. a. O. § 1 Anm. 7 E a und b; KGJ. 48 A, 24). Durch die Novelle ist mithin die Subsidiarität der Fürsorgeerziehung insoweit beseitigt; sie wird jetzt im Gegensatz zu dem früheren Rechtszustand (vgl. JFG. 8, 77) nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Eintritt geistiger oder sittlicher Verwahrlosung auch durch Unterbringung in einem Blindenheim auf Kosten der öffentlichen Fürsorge verhindert werden könnte.

(KG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 27. Jan. 1933, 1a X 1543/32.)

Mitgeteilt von KGR. Heydtmann, Berlin.

*

6. § 55 PrGKG. Für die grundbuchliche Eintragung mehrerer Miteigentümer nach Bruchteilen ist nur eine volle Gebühr nach dem Werte des ganzen Grundstücks zu erheben.

Nach § 55 Abs. 1 PrGKG. wird für die Eintragung des Eigentümers die volle Gebühr erhoben. Es wird nicht unterschieden, ob nur ein Eigentümer eingetragen wird, oder ob durch eine Eintragung mehrere Personen gemeinschaftlich als Miteigentümer zur gesamten Hand oder nach Bruchteilen eingetragen werden. Werden mehrere Personen als Eigentümer eines Grundstücks eingetragen, und kommt einem von ihnen als Abkömmling des bisherigen Eigentümers die Vergünstigung des § 55 Abs. 2 PrGKG. zu, so kommt nach Abs. 3 doch nur eine, in bestimmter Weise ermäßigte Gebühr zum Ansatz.

Der Senat hat zwar wiederholt in dem Fall, daß eine Hypothek oder Grundschuld unter einer Nummer für mehrere Gläubiger nach Bruchteilen eingetragen wird, regelmäßig eine Belastung des Grundstücks mit einer Mehrheit von Rechten angenommen und demgemäß ausgesprochen, daß die Gebühr des § 56 Abs. 1 PrGKG. für die Eintragung jedes dieser Rechte besonders zu erheben sei (vgl. 1a X 302/27: BurBl. 1927, 276). Für den jetzt zur Entscheidung stehenden Fall der Eintragung mehrerer Miteigentümer nach Bruchteilen lassen sich daraus aber keine Rückschlüsse ziehen. Denn die Rspr. des Sen. zu § 56 PrGKG. beruht darauf, daß § 56

ausdrücklich unterscheidet zwischen der Eintragung der Belastung des Grundstücks mit einem Rechte und mit verschiedenen Rechten und für den letzteren Fall vorschreibt, daß die Gebühr für die Eintragung eines jeden Rechts besonders zu erheben ist (§ 56 Abs. 2).

Die gleichen Grundsätze gelten für die Fortschreibungsgebühr.

(KG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 10. März 1933, 1a X 175/33.)

Mitgeteilt von KGR. Heydtmann, Berlin.

*

7. § 69 Ziff. 3a PrGKG. Die gemäß § 69 Ziff. 3a Abs. I u. II Satz 1 PrGKG. zu erhebende „volle Gebühr" ist im Falle der Erhöhung (Herabsetzung) des Gesellschaftskapitals einer AktG. nach dem Betrage der beschlossenen — nicht der durchgeführten — Erhöhung (Herabsetzung) zu berechnen. Ist von der Gesellschaft gemäß § 69 Ziff. 3a Abs. II Satz 2 PrGKG. das Verlangen auf Gestattung der Teilzahlung der Gebühr gestellt, so ist gleichwohl der Betrag der vollen entstandenen Gebühr zu entrichten, wenn und sobald feststeht, daß Einzahlungen oder weitere Einzahlungen auf das erhöhte Kapital nicht mehr erfolgen werden (z. B. im Falle der Nichtdurchführung des Erhöhungsbeschlusses).

§ 69 Ziff. 3a Abs. 1 PrGKG. bestimmt zunächst, daß für die Eintragung einer AktG. sowie für die Eintragung eines Beschl. über Erhöhung oder Herabsetzung des Gesellschaftskapitals die volle Gebühr, d. h. die Gebühr des § 32 PrGKG. (1a X 568/32), mit der Maßgabe zu erheben ist, daß mindestens das Zweifache der Sätze zu 1a zu erheben ist. Der „Beschluß über Erhöhung" ist der im § 280 HGB. (bzw. § 289 HGB. betr. Herabsetzung) erwähnte Beschluß der GenVers., durch den die Änderung des Grundkapitals beschlossen wird, und der ganz unabhängig ist von der tatsächlichen Durchführung der Erhöhung (Herabsetzung). § 69 Ziff. 3a Abs. 2 a. a. O. bestimmt nun weiter, daß die Gebühren nach dem Betrage des Gesellschaftskapitals, bei Erhöhungen und Herabsetzungen nach dem Betrage der Erhöhung und Herabsetzung berechnet werden. Diese Fassung, insbes. die Nebeneinanderstellung des ursprünglichen Gesellschaftskapitals und des „Betrages der Erhöhung", könnte den Anschein erwecken, als ob das Gesetz den Betrag der tatsächlichen Erhöhung oder Herabsetzung zugrunde gelegt wissen will, die Berechnung nach dem Betrage der Erhöhung (Herabsetzung) also nur möglich wäre, wenn es zur Durchführung des Erhöhungs- bzw. Herabsetzungsbeschlusses kommt. Diese Auslegung erscheint aber nicht zutreffend. Es ist ausgeschlossen, daß § 69 Ziff. 3a Abs. 2 PrGKG. bei Best. der Berechnungsgrundlage die durchgeführte Kapitalerhöhung (Herabsetzung) gemeint hat, wenn Abs. 1 das. ganz eindeutig die Erhebung der erhöhten Gebühr aus § 32 PrGKG. für die Eintragung der lediglich beschlossenen Erhöhung (Herabsetzung) des Grundkapitals anordnet. Wenn Abs. 2 als Berechnungsgrundlage nur den Betrag der tatsächlich durchgeführten Kapitalerhöhung (Herabsetzung) hätte bestimmen wollen, so hätte dies im Hinblick auf Abs. 1 einen bestimmteren Ausdruck finden müssen und gefunden. Es muß daher davon ausgegangen werden, daß § 69 Ziff. 3a Abs. 2 PrGKG. mit „Betrag der Erhöhung oder Herabsetzung" den Betrag meint, der in dem Beschl. über die Erhöhung oder Herabsetzung angegeben ist, ohne Rücksicht auf eine etwaige Durchführung. Für diese Auslegung sprechen auch noch folgende Erwägungen: Die Begründung zum Entw. des PrGKG. (AbgH. XVIII. 2, 1895, Drucks. Nr. 7 S. 102) hat die Abweichung für die erste Eintragung der AktG., KommGes. auf Aktien und GmbH. sowie für die Eintragung von Erhöhungen oder Herabsetzungen des Gesellschaftskapitals, im Gegensatz zu der sonstigen Gleichstellung dieser Gesellschaften mit der OHG. in Ansehung der Gebühren, damit gerechtfertigt, daß bei diesen Eintragungen das Maß der dem Registerrichter obliegenden Arbeit ein wesentlich höheres sei als bei der Eintragung einer OHG. Das Maß der Arbeit ist aber bei Eintragung des Erhöhungsbeschlusses bzw. bei der dieser notwendigerweise vorausgehenden Prüfung ganz unabhängig davon, ob nun die beschlossene Erhöhung späterhin tatsächlich durchgeführt wird.

Diese Erwägungen führen zu dem Ergebnis, daß vorliegend die Gebühr aus § 69 Ziff. 3a Abs. 1 und 2 Satz 1 PrGKG. i. Verb. m. § 32 a. a. O. nach einem Betrage von 10 000 000 *RM* dem Nennbetrage der beschlossenen Erhöhung, zutreffend auf 12 040 *RM* berechnet worden ist. In dieser Höhe ist die Gebühr mit der Eintragung des Erhöhungsbeschlusses entstanden.

Das Gesetz bestimmt nun weiter in § 69 Ziff. 3a Abs. 2 Satz 2: „Ist das Gesellschaftskapital nicht voll eingezahlt, so ist der Gesellschaft auf Verlangen zu gestatten, zunächst nur denjenigen Gebührenbetrag zu zahlen, welcher dem eingezahlten Kapital entspricht, und den Rest nach Maßgabe der erfolgenden Einzahlungen nachträglich zu entrichten; in jedem Falle ist mindestens das Zweifache der Sätze zu 1a sofort zu zahlen." Diese Best. steht, wie der Senat wiederholt entschieden hat, im engsten Zusammenhang mit dem Kostenansatze, weshalb auch zur Durchsetzung des Verlangens der Weg der Erinnerung und Beschwerde für zulässig erachtet worden ist (so schon 1 a X 1195/30: BurBl. 1931, 65 unter Aufgabe des abweichenden Standpunkts der Entsch. JFG. ErgBd. 8, 219). Wird von der Gesellschaft, wie es hier geschehen ist, das Verlangen auf Gestattung der Teilzahlung gestellt, so hat dies zur Folge, daß zunächst nur die Gebühr, berechnet nach dem tatsächlich eingezahlten Kapital, mindestens aber das Zweifache der Sätze zu 1a zu erheben ist, während hinsichtlich des übrigen Teiles der an sich entstandenen Gebühr in Abweichung von § 11 PrGKG. eine Hinausschiebung der Fälligkeit eintritt, die eine sofortige Inrechnungstellung und Einforderung der Gesamtgebühr hindert. Es liegt nicht etwa derart, daß die Einforderung des Restes der entstandenen Gebühr durch die Tatsache von Einzahlungen bzw. weiteren Einzahlungen auf das Kapital bedingt ist, so daß man sagen könnte, der Ausfall der Bedingung bewirke, daß der Eintritt des von der Bedingung abhängig gemachten Erfolges ausgeschlossen ist. Eine solche Auslegung würde auf einen völligen Gebührenerlaß hinauslaufen, falls feststeht, daß Einzahlungen oder weitere Einzahlungen nicht mehr erfolgen werden. Ein Gebührenerlaß ist aber vom Gesetz ersichtlich nicht gewollt. In der Begr. zum Entw. des PrGKG. heißt es (a. a. O.): „Dem Umstande, daß bei den in Frage stehenden Gesellschaften häufig nur ein Teil des Minimalkapitals eingefordert und als Anlage- und Betriebskapital verwendet wird, soll dadurch Rechnung getragen werden, daß den Gesellschaften nachgelassen wird, zunächst nur eine nach Maßgabe des eingezahlten Kapitals berechnete Gebühr zu entrichten und den Rest bei nachträglicher Einforderung von Einzahlungen nachträglich zu zahlen." Das Gesetz geht davon aus, daß im Laufe der Zeit jedenfalls einmal eine volle Einzahlung des Kapitals erfolgen und daß es dann zur Entrichtung der vollen Gebühr kommen wird. Der Zweck der Vorschr. des § 69 Ziff. 3a Abs. 2 Satz 2 PrGKG. ist vom Senat (JFG. ErgBd. 8, 223) unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte bereits dahin bestimmt worden, daß den in Frage stehenden Gesellschaften die Entrichtung der Gebühr dadurch erleichtert werden soll, daß sie auf ihr Verlangen ratenweise nur den Gebührenbetrag zu zahlen brauchen, der dem Gesellschaftskapital entspricht, über das sie jeweils bereits verfügen können. Steht fest, daß keinerlei Einzahlung erfolgen wird, z. B. weil, wie hier, der Erhöhungsbeschluß außer Kraft getreten ist, so fehlt es an einem Anlaß, die Entrichtung der vollen entstandenen Gebühr noch weiter hinauszuschieben, da die Gesellschaft ja niemals in die Lage kommt, über weiteres Kapital zu verfügen. Zutreffend sagt hiernach das LG., daß, wenn feststeht, daß weitere Einzahlungen auf die Erhöhung nicht mehr erfolgen, die „Stundung" ihre Grundlage verloren habe.

(KG., 1a. ZivSen., Beschl. v. 2. Dez. 1932, 1a X 890/32.)

Mitgeteilt von KGR. Heydtmann, Berlin.

*

8. § 79 Abs. 2 Ziff. 1 PrGKG.; § 2273 BGB. Wird ein gemeinschaftliches Testament beim Ableben eines Ehegatten eröffnet und nach seinem ganzen Inhalte verkündet, weil sich die letztwilligen Verfügungen des überlebenden Ehegatten von denen des Verstorbenen nicht sondern lassen, so ist die Verkündung der letztwilligen Verfügungen des überlebenden Ehegatten nicht rechtswirksam; daher ist die Gebühr für die Testamentseröffnung unter Aufgabe des Rechtsgrundsatzes KGJ. 24, B 5 nur nach dem Werte des Vermögens des erstverstorbenen Gatten zu berechnen.

Bei der Eröffnung eines gemeinschaftlichen Testaments unterschied die bisherige Rspr. des KG., ob sich die Verfügungen des überlebenden Ehegatten sondern lassen oder nicht. Soweit eine Sonderung möglich ist, sind diese Verfügungen nach § 2273 BGB. weder zu verkünden noch sonst zur Kenntnis der Beteiligten zu bringen. In diesem Fall bleibt also für die Eröffnungsgebühr der Wert des Vermögens des überlebenden Ehegatten außer Betracht. Lassen sich aber die beiderseitigen Verfügungen nicht sondern, so hat das KG. bisher angenommen, daß alsdann das gemeinschaftliche Testament eine untrennbare Einheit bilde, daß infolgedessen die Verfügungen des Erstverstorbenen nur verkündet werden könnten, indem das gemeinschaftliche, einheitliche Testament verkündet werde, daß also der Rechtsakt der Verkündung das gesamte Testament betreffe und die einheitliche Rechtsfolge habe, daß damit das Testament beider Testatoren als eröffnet gelte. Diese Auffassung führt weiter dahin, daß alsdann eine Wiedereinschließung und nochmalige Eröffnung des Testaments nach dem Tode des letztversterbenden Gatten nicht in Frage kommt, und daß ferner die Ausschlagungsfrist für die testamentarischen Erben des Letztversterbenden schon mit der Kenntnis von dessen Tode und von dem dadurch bedingten Erbanfall beginnt (KGJ. 24, B 5; OLG. 13, 278; KGJ. 53, 85). Kostenrechtlich ergibt sich daraus, daß der Berechnung der Eröffnungsgebühr in diesem Falle der Wert beider Vermögensmassen zugrunde zu legen ist (Bartscher-D.-W., PrGKG., 7. Aufl., § 79 Anm. 3; Lindemann, PrGKG., 3. Aufl., § 79 Anm. 2; Mügel-Ehm,

PrGKG., 7. Aufl., § 44 a. F. Anm. 7; KG. wie oben und in 1a X 976/29).

RG. 137, 222[1]) hat in materiellrechtlicher Hinsicht für den Fall, daß sich die Verfügungen beider Ehegatten nicht sondern lassen, eine entgegengesetzte Auffassung vertreten. Es kommt zu dem Ergebnis, daß nach dem Tode des überlebenden Ehegatten eine nochmalige Eröffnung und Verkündung vorgenommen werden müsse, auch wenn bei der ersten Eröffnung schon der ganze Testamentsinhalt bekanntgegeben worden sei, und daß die Frist für die Ausschlagung der Erbschaft nach dem letztverstorbenen Gatten gemäß § 1944 Abs. 2 Satz 2 BGB. nicht vor dieser nochmaligen Verkündung beginne.

Schließt man sich dieser Rechtsauffassung an, so liegt hinsichtlich der Verfügungen des überlebenden eine wirksame Testamentseröffnung i. S. von § 79 Abs. 2 Ziff. 1 PrGKG. nicht vor, und es kann daher das Vermögen des Überlebenden auch bei Ermittlung des Gegenstandes der Eröffnungsgebühr nicht berücksichtigt werden.

(KG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 10. März 1933, 1a X 251/33.)

Mitgeteilt von KGR. Heydtmann, Berlin.

Oberlandesgerichte.

a) Zivilsachen.

Berlin. **I. Materielles Recht.**

1. § 8a OsthilfeSicherungsVO. v. 17. Nov. 1931; § 773 Ziff. 4 BGB. Der Gläubiger kann, wenn sich der Hauptschuldner im Sicherungsverfahren befindet, den Bürgen in Anspruch nehmen, ohne daß dieser die Einrede der Vorausklage geltend machen könnte.

Gegen den Bürgen ist während des Schwebens des Sicherungsverfahrens über den Hauptschuldner nicht bloß die Klage aus dem Bürgschaftsvertrage, sondern auch die Vollstreckung des gegen ihn ergehenden Urt. zulässig, die Vollstreckung allerdings nur, wenn nicht auch auf ihn die Voraussetzungen des § 2 der VO. v. 17. Nov. 1931 zutreffen. Nach § 773 Ziff. 4 ist die Einrede der Vorausklage ausgeschlossen, wenn anzunehmen ist, daß die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen wird. Allerdings findet der § 773 Ziff. 4 in erster Reihe dann Anwendung, wenn eine Unzulänglichkeit des Vermögens des Schuldners zur Befriedigung des Gläubigers erkennbar vorliegt. Diese Gesetzesbestimmung muß aber sinngemäß auch dann Anwendung finden, wenn die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen kann, weil auf Grund einer gesetzlichen Best. die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners dauernd oder mindestens vorübergehend überhaupt unzulässig ist; denn in diesem Falle liegt ohne weiteres klar zutage, daß die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners z. Z. nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen wird.

(KG., Urt. v. 11. März 1933, 15 U 11635/32.)

Mitgeteilt von GerAss. Dr. Szogs, Schneidemühl.

*

2. Zaunrecht nach preuß. ALR. Die Vorschriften der §§ 154—165, insb. auch § 162 I 8 ALR. bedeuten keine Ausnahme von dem Grundsatz des § 153 a. a. O., daß die Unterhaltung von Grenzscheidungen bei erweislichen Eigentumsverhältnissen dem Eigentümer der Scheidung obliegt, sondern lassen diesen unberührt. †)

Das ALR. geht zunächst von dem Grundsatz aus, daß „in der Regel jeder sein Grundstück durch Zäune, Planken, Mauern oder andere Scheidewände von den Grundstücken des Nachbarn zu trennen berechtigt", aber nicht verpflichtet ist (§ 149 I 8 ALR.). Falls eine Scheidewand errichtet wird, entsteht daraus die Verpflichtung zu ihrer Unterhaltung (§ 152 a. a. O.; StriethArch. 2, 213; 69, 245). Die Unterhaltungspflicht bereits vorhandener Zäune liegt grundsätzlich „demjenigen ob, welchem erweislich das Eigentum derselben gebührt" (§ 153 a. a. O.). Derselbe Grundsatz wird noch einmal in § 168 a. a. O. ausgesprochen: „Überhaupt ist in allen Fällen, wo weder ein einseitiges Eigentum ausgemittelt werden kann, noch die vorstehenden besonderen Best. (§§ 154—165) eintreten, die Verpflichtung zur Unterhaltung der zwischen den Grundstücken zweier Nachbarn befindlichen Scheidungen beiden gemeinschaftlich."

Inwieweit die „vorstehenden besonderen Best." der §§ 154 bis 165 a. a. O. von der Regel Ausnahmen aufstellen, ist streitig. Nach der überwiegenden Meinung lassen sie den Grundsatz der Anknüpfung der Zaununterhaltungspflicht an das Eigentum unberührt, gelten also lediglich für die Fälle, in denen das Eigentum nicht erweislich feststeht. Dies ergibt sich bereits daraus, daß die genannten Ausnahmebestimmungen eingeleitet werden mit dem Satze: „Kann nicht ausgemittelt werden, wer der Eigentümer einer solchen Scheidung sei, so . . ." (§ 154 a. a. O.). Für diese Ausnahmefälle werden dann entweder Eigentumsvermutungen aufgestellt — so bei den Planken und Staketen (§§ 154, 158, 157 a. a. O.) sowie bei Mauern (§ 159 a. a. O.) — oder es wird die Unterhaltungspflicht an andere Merkmale geknüpft — so bei Zäunen und Wellerwänden (§§ 162, 165, 167 a. a. O.). So erklärt § 162: „Bei Zäunen und Wellerwänden ist in der Regel jeder Besitzer städtischer Grundstücke und Gärten den Zaun rechter Hand, vom Eintritt in den Haupteingang, zu bauen und zu unterhalten schuldig."

Wenn der Kl. sich auf diese Vorschr. beruft, so mag zunächst zugegeben werden, daß die Bekl. als Besitzerin „städtischer" Grundstücke anzusehen ist, nicht deshalb, weil sie eine Stadtgemeinde ist, sondern weil die von ihr besessenen Grundstücke im Weichbild einer Stadt liegen; lediglich auf diese Tatfrage ist in § 162 a. a. O. abgestellt (ObTrib. 74, 256 ff.; StriethArch. 93, 238; 98, 252). Es ist also insoweit unerheblich, ob der neben den Grundstücken des Kl. liegende Gebietsstreifen früher Straßenland gewesen ist und ob daneben ein Grundstück der Frau S. liegt; denn die Bekl. ist Besitzerin des ganzen Geländes.

§ 162 a. a. O. ist aber hier deswegen nicht anwendbar, weil, wie sich aus der Eingliederung dieser Best. in den allgemeinen Zusammenhang ergibt, dort nur die Eigentumsvermutungen der vorhergehenden Paragraphen, nicht aber die Zaununterhaltungspflicht des Eigentümers durch eine andere Regelung ersetzt wird. Kann „ausgemittelt" werden, wer Eigentümer ist, so findet § 153, nicht § 162 a. a. O. Anwendung (ObTrib. 43, 6 und 76; 74, 255; StriethArch. 38, 183; 82, 256; Koch, 1884, § 162 I 8 Anm. 68, § 167 I 8 Anm. 75; Rehbein-Reincke, 1885, § 162 I 8 Anm. 91).

Hiergegen wird freilich von Kayser, Das preuß. Zaunrecht: Gruch. 19, 705 ff., insbes. unter Berufung auf die, allerdings vereinzelt gebliebene Entsch. des ObTrib. 48, 32 = StriethArch. 47, 97, eingewendet, daß §§ 162 ff. im Gegensatz zu §§ 154—161 a. a. O. die Zaununterhaltungspflicht nicht an das Eigentum knüpften, wie besonders aus § 165 hervorgehe, demzufolge der links anbauende Nachbar den Zaun „seines Nachbarn" unterhalten müsse; §§ 162 ff. stellten vielmehr besondere, unabhängig vom Eigentum bestehende Regeln für die Zaununterhaltung auf (ebenso LG. III Berlin: KGBl. 1930, 67; nicht ganz unzweideutig Dernburg, Preuß. Privatrecht 1893 I § 220 Anm. 7). Folgerichtig beschränkt Kayser dann diese „besonderen" Zaununterhaltungsregeln der §§ 162 ff. nicht auf Zäune und Wellerwände, sondern auf Grenzscheidungen aller Art (a. a. O. S. 717).

Hier jedoch erheben sich Bedenken gegen die Ansicht Kaysers. Stellen nämlich §§ 162 ff. besondere Zaununterhaltungsregeln auf, die auch von dem erweisbaren Eigentum ganz unabhängig sind, so muß allerdings folgerichtig diese besondere Regelung auch auf andere Grenzscheidungen ausgedehnt werden, weil kein vernünftiger Grund ersichtlich ist, z. B. in den Fällen des § 165 a. a. O. den Nachbar nur dann zur Übernahme der vorhandenen Scheidewand zu verpflichten, wenn es sich um einen Zaun handelt, nicht aber dann, wenn eine Bretterwand oder Planke vorhanden ist (so auch ObTrib. 48, 32; ebenso offenbar auch Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht, 1892, III, § 170a Nr. 15 Anm. 43). In diesem Falle entsteht aber ein unlösbarer Widerspruch mit den vorhergehenden Vorschr. der §§ 154 ff., insbes. auch mit dem Grundsatz des § 153 a. a. O. § 153, der dem Eigentümer die Unterhaltung der Scheidewand auferlegt, würde dann nämlich nur gelten, wenn es sich nicht um eine Grenzscheidung „rechter Hand, vom Eintritt in den Haupteingang" handelt; für eine solche Einschränkung bietet aber der klare Wortlaut keinen Anhalt. Die Anwendung der §§ 153 und 154 ff. würde also bei folgerichtiger Durchführung der Ansicht Kaysers unter Umständen unmöglich werden, ein Ergebnis, daß die Regel zur Ausnahme und die Ausnahme zur Regel machen würde.

Der Systematik des Gesetzes darf jedoch nicht in dieser Weise Zwang angetan werden. Sie zeigt nämlich, daß, nachdem § 153 den Grundsatz der Unterhaltungspflicht des Eigentümers ausgesprochen hat, nunmehr für den Fall, daß das Eigentum nicht feststeht, die verschiedenen Grenzzeichen behandelt werden, die ihrer Natur nach eine

---

[1]) JW. 1933, 161 mit Anm. Herzfelder.

Zu 2. Der Entsch. ist durchaus beizupflichten. Sie bringt Klarheit in die undurchsichtigen Best. des ALR. über die Pflicht zur Errichtung und Unterhaltung von Grenzscheidungen. Grundsätzlich besteht keine Verpflichtung zur Errichtung von Grenzscheidungen. Besteht aber eine Grenzscheidung, so muß sie von ihrem Eigentümer erhalten werden. Eigentümer der Grenzscheidung ist derjenige, auf dessen Grund und Boden sie steht (§ 94 BGB., Ausnahmen § 95 BGB.). Steht die Grenzscheidung auf der Grenze, so ist sie eine Grenzeinrichtung, die auf gemeinschaftliche Kosten erhalten werden muß (§§ 921 ff. BGB.). Läßt sich nicht ermitteln, wer der Eigentümer der Grenzscheidung ist, dann greifen für die Erhaltungspflicht die Ausnahmevorschriften der §§ 154 ff. I 8 ALR. ein, deren Inhalt und Tragweite die Entscheidung klar und erschöpfend darlegt.

RA. Christian Meisner, Würzburg.

besondere Regelung gestatten; zunächst die Planken (§ 154), dann die Staketen (§ 158), dann die Mauern (§ 159) und schließlich die Zäune und Wellerwände (§ 162). Daraus folgt, daß bei Zäunen und Wellerwänden nur deshalb etwas anderes gelten soll als bei Planken, Staketen und Mauern, weil aus ihrer äußeren Beschaffenheit im allgemeinen nicht auf das Eigentum einer bestimmten Person geschlossen werden kann, nicht aber deshalb, weil unabhängig vom Eigentum eine besondere Unterhaltungspflicht festgesetzt werden sollte. Wäre die Ansicht Kayſers richtig, so wäre nicht verständlich, warum § 162 nicht von Scheidungen schlechthin spricht, wie es in §§ 149 bis 153 der Fall ist, und warum in den vorhergehenden Paragraphen nicht auch Zäune und Wellerwände mit aufgeführt sind; es wäre ein leichtes gewesen, diese etwa im § 158 neben den dort genannten Staketen noch mit einzufügen. Auch § 165, der dem neuen Nachbar die Übernahme des bereits vorhandenen Zaunes seines Nachbarn zur Pflicht macht, enthält keine Durchbrechung des Eigentumsprinzips. Denn die Übernahme, bei welcher gem. § 166 die Kosten der ersten Anlage nicht zu erstatten sind, bedeutet, daß damit der Zaun auch in das Eigentum des neu anbauenden linken Nachbarn übergeht; Eigentum und Unterhaltungspflicht sind daher auch hier untrennbar miteinander verbunden. Aus allen diesen Gründen folgt, daß die in § 168 a. a. O. erwähnten „besonderen Best. der §§ 154—165" den Grundsatz des § 153 a. a. O. nicht aufheben, sondern unberührt lassen. Da hier jedoch der Kl. erweislich und unstreitig Eigentümer des Zaunes ist, dessen Unterhaltung er von der Bekl. begehrt, kommen nicht die „besonderen Best. der §§ 154—165" für ihn in Betracht, sondern lediglich der Grundsatz des § 153 a. a. O., wonach er selbst zur Unterhaltung seines Zaunes verpflichtet ist.

(KG., 2. ZivSen., Urt. v. 25. Okt. 1932, 2 U 3118/32.)

*

Celle.

3. Art. 129 RVerf. Seit dem 1. April 1900 hat niemand die Eigenschaft eines Kommunalbeamten erlangen können, dem nicht eine Anstellungsurkunde als Beamter ausgehändigt worden ist. Durch § 1 Nr. 3 VO. v. 18. Jan. 1933 sind daher keine wohlerworbenen Rechte von Personen, die als Angestellte eines Kommunalverbandes dauernd obrigkeitliche Obliegenheiten versehen haben, verletzt worden. †)

Der durch die VO. v. 18. Jan. 1933 § 1 Nr. 3 in die VO. v. 12. Sept. 1931 eingefügte Absatz enthält eine authentische Interpretation des § 1 S. 2 des Ges. v. 30. Juli 1899 durch den Gesetzgeber. Gegen die rechtliche Zulässigkeit einer solchen authentischen Interpretation aber bestehen keine durchgreifenden Bedenken. Daß es sich überhaupt nicht um eine Auslegung des Ges. v. 30. Juli 1899 handle, sondern vielmehr um eine Abänderung dieses Ges., kann nicht anerkannt werden. Das gilt um so mehr, als der Wortlaut des § 1 S. 2 des Ges. v. 30. Juli 1899 für die Richtigkeit der Auslegung spricht, wie sie durch die VO. v. 18. Jan. 1933 gegeben worden ist. Enthält diese VO. aber lediglich eine authentische Interpretation des Ges. v. 30. Juli 1899, so kann es nicht als unzulässig bezeichnet werden, wenn diese Auslegung rückwirkend schon v. 1. April 1900 Platz greifen soll.

Hat indessen schon seit dem 1. April 1900 niemand die Eigenschaft eines Kommunalbeamten erlangen können, dem nicht eine Anstellungsurkunde als Beamter ausgehändigt worden ist, so können durch § 1 Nr. 3 VO. v. 18. Jan. 1933 keine wohlerworbenen Rechte derjenigen Personen verletzt worden sein, die vor Inkrafttreten der VO. v. 12. Sept. 1931 als Angestellte eines Kommunalverbandes obrigkeitliche Obliegenheiten dauernd versehen hatten. Diese Personen mögen zwar auf Grund einer ständigen Rspr. des RG. angenommen haben, sie seien Kommunalbeamte geworden. Diese Annahme erweist sich jedoch nunmehr auf Grund des § 1 Nr. 3 VO. v. 18. Jan. 1933 als unzutreffend. Auf ein Gewohnheitsrecht, das durch ständige Rspr. herausgebildet worden wäre, können sie sich nicht berufen. Denn nach deutschem Rechte kann durch eine mit dem Ges. nicht im Einklang stehende Rspr. ein das Ges. abänderndes Gewohnheitsrecht nicht begründet werden. Nur dann läge eine Verletzung des Art. 129 RVerf. vor, wenn bis zum Inkrafttreten der VO. v. 18. Jan. 1933 die Eigenschaft eines Kommunalbeamten auch auf anderem Wege als durch die Aushändigung einer Anstellungsurkunde hätte erworben werden können.

Auch daraus, daß etwa § 1 Nr. 3 VO. v. 18. Jan. 1933 sich nicht im Rahmen der VO. des RPräs. v. 24. Aug. 1931 hielte, lassen sich durchgreifende rechtliche Bedenken nicht entnehmen. Die Best. des § 1 Nr. 3 ist vielmehr durchaus geeignet, Ersparungen im Haushalte der Kommunalverbände zu bewirken.

(OLG. Celle, 3. ZivSen., Urt. v. 7. April 1933, 3 U 296/33.)

Mitgeteilt von RA. Sagebiel, Celle.

*

Düsseldorf.

4. §§ 18, 34 ZustG.; § 4 RheinStädteO. Eine Stadtgemeinde ist nicht berechtigt, für die Erneuerung des Benutzungsrechts an einem Erbbegräbnis „Fortschreibungsgebühren" zu verlangen. Zulässigkeit des Rechtswegs. †)

Der der Bekl. gehörige Friedhof ist eine öffentlich-rechtliche Gemeindeanstalt i. S. des § 18 PrZustG. v. 1. Aug. 1883. An ihm kann die Bekl. öffentlich-rechtliche Nutzungsrechte ihren Gemeindeangehörigen einräumen, z. B. die sog. Reihengräber (§§ 18, 34 ZustG., § 4 RheinStädteO.). Die öffentlich-rechtliche Natur dieses Rechts zeigt sich in dem ihm entsprechenden Zwang zur Benutzung des Friedhofs im Falle einer Leichenbestattung. Das hoheitliche Gebiet des Zwanges verläßt die Bekl. aber, wenn sie ihren Gemeindeangehörigen ein besonderes Benutzungsrecht, wie es das Erbbegräbnisrecht ist, bei freiwilliger Beschränkung ihres eigenen Rechts durch Vertrag einräumt. Bei Abschluß eines derartigen Vertrages über die Bestellung eines Erbbegräbnisrechts übt die Bekl. keine hoheitlichen Befugnisse aus. Dieses Recht kommt demnach auf dem Boden der Gleichordnung zustande, d. h. es ist ein privates Recht (vgl. Friedrichs in Stier-Somlo-Elster, Handwörterb. d. Rw. (1928) Bd. III S. 950 ff.; Graff: R.- u. PrVerwBl. 1931, 854; Philipsborn: DNotZ. 1932, 502 ff.). Ist aber das Erbbegräbnisrecht selbst als dem Privatrecht angehörig anzusehen, so muß dies auch für den im Streit befindlichen Anspruch auf Zahlung der Fortschreibungsgebühr gelten; denn diese Gebühr stellt sich lediglich als das für die Einräumung des Rechts verlangte Entgelt dar (Nöll-Freund-Surén, KommAbgG., 9. Aufl., 1931, S. 17, § 3 Bem. 6 c a. E.).

Nach der in W. geltenden BegräbnisO. konnte der Kl. einzelne Grabstätten „eigentümlich" erwerben.

Nachdem der Kl. das Recht an der Grabstätte für alle Zeiten erworben hatte, konnte es ihm ohne seine Mitwirkung nicht mehr durch eine neue BegräbnisO. entzogen werden. Dies folgt aus

---

Zu 3. Vgl. hierzu RG.: JW. 1933, 841 mit Anm. Wagner.

Zu 4. Mit Recht bezeichnet das OLG. den Friedhof als eine öffentlich-rechtliche Gemeindeanstalt und die Gottesackerkommission als das zum Abschluß von Verträgen über die Begründung von Sonderbenutzungsrechten an jener Anstalt zuständige Organ der Gemeinde. Auch wird zutreffend angenommen, daß die für solche Rechtsgeschäfte maßgeblichen Rechtsvorschr. in der BegräbnisO. von 1838 enthalten waren und daß der Vertrag von 1880 auf Grund dieser damals noch geltenden BegräbnisO. abgeschlossen wurde.

Entscheidend für die Berechtigung der Gemeinde zur Erhebung einer Fortschreibungsgebühr ist das Wesen des Rechtsverhältnisses, das hinsichtlich der Erbbegräbnisstätte zwischen dem Kl. und der Gemeinde besteht. Ist dieses Rechtsverhältnis ein solches des öffentlichen Rechtes, so dürfte die Gebühr gerechtfertigt sein. Man darf annehmen, daß nach dem heute geltenden Verwaltungsrecht derartige Rechte nur öffentlich-rechtlich begründet werden können. Mag man den Friedhof als öffentliche Anstalt oder als öffentliche Sache betrachten — jedenfalls unterfällt nach der immer mehr zur Herrschaft gelangten und heute mindestens überwiegend herrschenden Rechtsauffassung jede Benutzung einer öffentlichen Anstalt und jede Nutzung einer öffentlichen Sache dem öffentlichen Recht, dem Verwaltungsrecht. Dies gilt in gleicher Weise für eine vorzugsweise Sonderbenutzung einer öffentlichen Anstalt bzw. Sondernutzung einer öffentlichen Sache. Dies ist von der Theorie des modernen Verwaltungsrechts namentlich für das Recht der öffentlichen Sachen ausgebildet worden, aber ebenso für das Recht der öffentlichen Anstalten anzunehmen.

So das verwaltungsrechtliche Prinzip. Doch sind Ausnahmen denkbar und vorhanden. Einmal kann nach dem positiven Recht eine Sonderbenutzung, ja jede Benutzung einer öffentlichen Anstalt nach Form und Inhalt in das Gebiet des privaten Rechts verwiesen sein; Beispiele dafür bietet das Recht der Verkehrsverwaltungen. Sodann kann die im vorigen angedeutete publizistische Auffassung von Benutzungsrechtsverhältnissen auf Teilgebieten der öffentlichen Verwaltung noch nicht so weit vorgeschritten, vielmehr umgekehrt die privatrechtliche Auffassung noch vorherrschend sein. Ob letzteres auf dem Gebiete des Friedhofsrechts der Fall ist, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls bestand i. J. 1880, als der Erbbegräbnisvertrag geschlossen wurde, sowohl noch die Vorstellung vom privatrechtlichen Charakter solcher Verträge als auch eine diese Verträge offensichtlich ins privatrechtliche Gebiet verweisende positivrechtliche Norm in Gestalt der einschlägigen, vom „eigenthümlichen" Erwerb der Grabstätte sprechenden Vorschr. der BegräbnisO. von 1838. Rechtsnorm und Rechtsvorschr. von 1880 — nicht von 1933 — sind für die rechtliche Beurteilung maßgebend. Folglich hat der Rechtsvorgänger des Kl. ein Privatrecht erworben und besitzt der Kl. ein Privatrecht, das nicht anders als im Enteignungswege beeinträchtigt oder modifiziert werden kann.

KonsR. Prof. Dr. F. Giese, Frankfurt a. M.

den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts. Die Bekl. ist daher nicht berechtigt, den Fortbestand des Rechts des Kl. an seinem Erbbegräbnis von der Erfüllung dem Kl. neu auferlegter Verpflichtungen abhängig zu machen. Sie kann insbes. keine „Fortschreibungsgebühr" für die Weiterbelassung der Grabstätte verlangen, und zwar weder vom Kl. noch von seinen Rechtsnachfolgern, denen er das Erbbegräbnisrecht in zulässiger Weise übertragen wird.

(OLG. Düsseldorf, Urt. v. 16. Febr. 1933, 6 U 233a/32.)

Mitgeteilt von OLGR. Kurth, Düsseldorf.

*

Kassel.

5. §§ 890, 892 BGB. Eine ohne Antrag des Eigentümers vorgenommene Grundstücksvereinheitlichung bleibt ohne Rechtsfolgen. Im Falle der sog. Doppelbuchung gebührt keiner der Einschreibungen der öffentliche Glaube.

Durch die Verzeichnung der Liegenschaft Ktbl. A Parz. 948/144 unter Nr. 2 des Bestandsverzeichnisses, und zwar unter der ursprünglich dort allein verzeichneten Liegenschaft Ktbl. A Parz. 949/145, ist eine Vereinheitlichung der beiden Grundstücke beurkundet worden. Ob es sich bei dieser Vereinheitlichung um eine Vereinigung i. S. des § 890 Abs. 1 BGB. handelte oder ob eines der beiden Grundstücke dem anderen als Bestandteil zugeschrieben werden sollte (§ 890 Abs. 2 BGB.), kann dahingestellt bleiben, in jedem Falle entbehrte die Eintragung des bereits unter Nr. 1 des Bestandsverzeichnisses gebuchten Grundstücks 948/144 unter Nr. 2 hinter dem Grundstück 949/145 der Rechtswirksamkeit. Denn die Vereinheitlichung mehrerer Grundstücke kann nur auf Veranlassung des Eigentümers bewirkt werden, nicht aber von Amts wegen. Ist die Vereinheitlichung ohne Antrag des Eigentümers erfolgt, so ist sie unwirksam und bleibt ohne Rechtsfolgen. Ebenso RGRKomm. Anm. 4 zu § 890 BGB.; KGJ. 31, 238 u. 49, 235.

Die Hypothek der Y.-AktG. (Abt. 3 Nr. 29) lastet nur auf den Grundstücken Nr. 2—4 des Bestandsverzeichnisses, nicht aber auf dem Grundstück Nr. 1. Die AktG. könnte nur dann eine Hypothek an dem Grundstück 948/144 erworben haben, wenn sie durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§§ 892 und 893 BGB.) geschützt wäre. Einen solchen Schutz genießt sie aber nicht. Nach herrschender und richtiger Meinung gebührt im Falle der sog. Doppelbuchung, d. h. wenn auf verschiedenen Grundbuchblättern einander widersprechende Einschreibungen enthalten sind, keiner der Einschreibungen der öffentliche Glaube (vgl. RGRKomm. Anm. 6 zu § 892 BGB.). Diese Rechtsregel muß erst recht gelten, wenn wie hier die Doppelbuchung auf demselben Grundbuchblatt erfolgt ist. Wird schon demjenigen Benutzer des Grundbuchs der Schutz des öffentlichen Glaubens versagt, der die Unrichtigkeit des Grundbuchs aus einer Eintragung auf einem anderen — ihm regelmäßig unbekannten — Grundbuchblatt hätte ersehen können, so muß gleiches um so mehr gelten, wenn sich die unrichtige Doppelbuchung auf demselben Grundbuchblatt wie die richtige befindet.

(OLG. Kassel, 1. ZivSen., Beschl. v. 16. März 1933, 1 W 57/33.)

*

Kiel.

6. § 1387 BGB.; § 88 GKG. Eheprozeß und Vorschußpflicht des Mannes.

Grundsätzlich ist beim Güterstande der Verwaltung und Nutznießung der Ehemann während der Dauer eines zwischen den Eheleuten schwebenden Rechtsstreits der Gerichtskasse gegenüber für die von der Frau zu tragenden Kosten vorschußpflichtig. Mit der Rechtskraft des Urteils, durch das die Ehe für nichtig erklärt ist, hört aber die Ehe und damit die Vorschußpflicht des Mannes auf. Der Mann kann daher nach Rechtskraft des Urteils für die noch nicht bezahlten Kosten, für die nach dem Urteilstenor nicht er, sondern die Frau haftet, nicht mehr herangezogen werden. Diese Ansicht entspricht der herrschenden Meinung (vgl. KG.: JW. 1929, 142[54]). Eine Haftung des Kl. gem. § 1387 BGB. i. Verb. m. § 88 GKG. kommt also nicht mehr in Frage.

(OLG. Kiel, 2. ZivSen., Beschl. v. 9. Juli 1932, 2a EL 14/32.)

*

Köln.

7. § 278 BGB. Ein städtischer Viehhof kann keinen Zwang zur Einstallung des mit der Bahn ankommenden Viehes anordnen, auch nicht auf Grund des ViehseuchG. und dadurch die Viehagenten von ihrer Haftung für Schäden aus der Einstallung befreien, vielmehr ist die Viehhofverwaltung Erfüllungsgehilfe.

Der Kl. sandte mit der Bahn an die Bekl., eine Viehhandelsfirma, Ochsen zum bestmöglichen Verkauf auf dem Schlachtviehmarkt. Die Bekl. übernahm das Vieh am Städtischen Schlacht- und Viehhof und stellte es bis zum Verkauf dort unter. Einer der Ochsen erwürgte sich in der Nacht mit seiner Anbindekette.

Der Kl. verlangt Schadensersatz.

Er wirft der Bekl. vor, sie habe die Ochsen während der Nacht nicht genügend bewachen lassen und dadurch den Unfall verursacht. Die Bekl. hält dem entgegen, daß sie das von auswärts mit der Bahn kommende Vieh in dem städtischen Viehhof unterstellen müsse; nach allgemeiner Anordnung der Städtischen Viehhofsverwaltung dürfe sie nachts die Ställe nicht betreten, vielmehr führe die Aufsicht über das Vieh ein von der Stadt ohne ihre Mitwirkung bestellter Wächter. Die Bekl. macht damit geltend, daß ein rechtlicher Zwang zur Einstallung des Viehs bestehe, daß sie auf die Regelung der Bewachung keinen Einfluß habe und daher für ein etwaiges Versehen bei der Bewachung nicht verantwortlich gemacht werden könne. In der Tat ist die Haftung der Bekl. ganz verschieden, je nachdem ob sie zur Einstallung des Viehes im Viehhof rechtlich genötigt war oder nicht.

Jedes Tier wird nach dem Eintreffen mit der Bahn zunächst durch den Beamten der Seuchenpolizei nach den Best. des ViehseuchG. untersucht. Je nach dem Ergebnis der Untersuchung wird das Tier im Viehhof eingestallt, wenn es gesund ist, in die freien Stallungen des Viehhofes, wenn es krank und seuchenverdächtig ist, nach den Anweisungen der Seuchenpolizei in die Stallungen der Nebenanlagen, die von den Händlern und ihren Angestellten überhaupt nicht betreten werden dürfen. Das Vieh in den freien Stallungen, wo der eingegangene Ochse stand, wird während der Nacht von dem Wächter bewacht, den die Viehhofsverwaltung bestellt. Die Zahl der Wächter bestimmt die Viehhofsverwaltung. Nach dem Gutachten des Direktors des Schlacht- und Viehhofs können die Leute der Händler in den freien Stallungen des Nachts nicht belassen bleiben, aus seuchenpolizeilichen Gründen und ferner deswegen, weil dadurch die Möglichkeit des Überfütterns des Viehs besteht; letzteres ist verboten, weil auf dem Markt der Handel nach Lebendgewicht vorgeschrieben ist. Die seuchenpolizeilichen Gründe sind nach dem Gutachten die, daß sehr leicht eine Seuche wie die Maul- und Klauenseuche verschleppt werden könne, weil die Angestellten sowohl vorher den ganzen Tag mit dem Vieh im Stall zusammen sind, als auch am Markttag mit fremdem Vieh in Berührung kommen und dadurch Seuchen verschleppen könnten.

Die Best. des Viehhofordnung besagen an keiner Stelle, daß die Händler rechtlich gezwungen seien, das gesunde Vieh in den Stallungen des Viehhofs einzustellen. Auch § 10 der Ordnung, auf den sich der Sachverständige beruft, ergibt das nicht. Nach dieser Vorschr. hat bei Ankunft der Tiere im Viehhof jeder Empfänger oder sein Beauftragter die Stückzahl jeder Gattung Vieh sowie den Ursprung der Tiere den Hallenbeamten anzugeben; dieser verteilt das Vieh in die Ställe. Die Best. läßt sich ungezwungen dahin verstehen, daß sie erst gelten will, wenn jemand beabsichtigt, sein Vieh im Viehhof einzustellen. Andere Vorschr. der Viehhofordnung sprechen auch gegen einen Einstallungszwang.

Das RViehseuchG. v. 26. Juni 1909 mit seinen AusfVorschr. des Reiches und Preußens erwähnt zwar mehrfach die Viehhöfe, aber nirgends ordnen diese Vorschr. einen Zwang zur Einstallung im Viehhof an. Selbst wenn man in § 10 Viehhofsordnung einen Zwang zur Einstallung sehen wollte, wäre ein solcher rechtlich unbeachtlich. Denn die näheren Vorschr. über die Regelung des Betriebes in den Viehhöfen, soweit sie als Schutzmaßnahmen gegen die Seuchengefahr nötig sind, erläßt nach §§ 79, 17 Ziff. 12 RViehseuchG. das Reich, die oberste Landesbehörde oder mit deren Ermächtigung die höhere Polizeibehörde. Derartige Best. bestehen aber nicht. Die Viehhofsverwaltung ist keine derartige Behörde.

Die Tiere werden in den Stallungen des Viehhofs eingestellt, damit sie am Tage des Schlachthofmarktes zur Verfügung sind. Nach einer VO. der Städt. PolVerw. v. 5. Juni 1912 ist zwar jeder verpflichtet, den Best. der Viehhofsordnung nachzukommen. Aber die PolVO. kann rechtsgültig nur eine Regelung des unmittelbaren Marktverkehrs treffen, der Einstallungszwang soll aber eintreten in der Zeit vor dem Markt.

Es ist also für die Entsch. davon auszugehen, daß die Bekl. rechtlich nicht gezwungen war, die Ochsen im Viehhof unterzustellen. Zu ihren Vertragspflichten gehörte es, für die Unterbringung der Ochsen bei Ankunft in K. am Viehhof zu sorgen. Wenn sie das Vieh dort einstellte, was sicherlich zweckmäßig war, so mußte sie sich indes vergewissern, ob die von der Viehhofverwaltung vorgeschriebenen Bedingungen, unter denen das Vieh im Viehhof aufgenommen wird, zur Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten genügten. Denn die Viehhofverwaltung wurde mit Einstallung ihr Erfüllungsgehilfe gem. § 278 BGB. und die Bekl. muß deren Verschulden in gleichem Umfang vertreten wie eigenes Verschulden. In der hier in Rede stehenden Zeit, im Jan., sind die Ställe verhältnismäßig wenig besetzt. Der Sachverständige hält deshalb nur einen Wächter für ausreichend.

(OLG. Köln, 2. ZivSen., Urt. v. 10. Nov. 1932, 2 M 35/31.)

Mitgeteilt von OLGR. Dr. Schmidt, Köln.

*

8. §§ 873, 182, 185 BGB; §§ 19, 29, 40 GBO. Für den Übergang des Sachenrechts sind allein die §§ 873 ff. BGB. maßgebend. Die formellen Bestimmungen der §§ 19, 29, 40 GBO. sind Ordnungsvorschriften, deren Verletzung den Übergang des materiellen Rechts nicht beeinträchtigt.†)

F., der Eigentümer des Grundstücks, hat der D.-Bank u. a. eine Darlehnshypothek von 30 000 *RM* bestellt. Diese Hypothek hat die Bank auf Veranlassung des Eigentümers zur Sicherheit für dessen rückständige Steuerschulden an den Bekl. abgetreten. Der Bekl. betreibt aus der Hypothek die Zwangsversteigerung des Grundstücks.

Der Kl. bestreitet, daß der Bekl. durch die Abtretung Gläubiger der Hypothek geworden sei. Er trägt vor, der Grundstückseigentümer habe schon vor der Abtretung seine Schuld an die Bank abgetragen. Durch die Zahlung des F. sei die Hypothek zur Eigentümergrundschuld geworden. Die Bank sei demnach nicht berechtigt gewesen, über die Hypothek zu verfügen, sondern nur der Eigentümer. Dieser habe aber bei der Abtretung selbst überhaupt nicht mitgewirkt. Der Wille der Parteien sei offenbar der gewesen, dem Bekl. eine Sicherheit für seine Steuerforderung zu verschaffen. Hierzu sei aber der falsche Weg gewählt worden. Die Sicherung der Bekl. sei nur möglich gewesen, wenn die Hypothek auf den Eigentümer umgeschrieben und dann, unter Auswechslung der Darlehnsforderung der Bank mit der Steuerforderung des Bekl., vom Eigentümer auf den Bekl. weiter übertragen worden wäre. Das sei aber nicht geschehen. Die Forderung der Bank als solche habe keine der Parteien übertragen wollen, am wenigsten der Eigentümer, weil dann der Bekl. neben seiner Steuerforderung noch die Forderung der Bank gehabt hätte. An dieser Rechtslage werde auch dadurch nichts geändert, daß der Eigentümer der Abtretung zugestimmt habe, da er bei der Abtretung nicht grundbuchmäßig mitgewirkt habe. Der Bekl. habe für die Abtretung der Hypothek seitens der Bank kein Entgelt gezahlt. Es sei ihm auch bekannt gewesen, daß zur Zeit der Abtretung der Hypothek eine Forderung der Bank nicht bestanden habe. Wenn aber der Bekl. die Tatsachen genau gekannt habe, aus denen sich nach dem Gesetz die Unrichtigkeit des Grundbuches ergebe — insbes. das Erlöschen der Darlehnsforderung der Bank —, so habe er auch die Unrichtigkeit des Grundbuchs gekannt. Auf einen Rechtsirrtum könne sich der Bekl. um so weniger berufen, als seine Vertreter juristisch vorgebildet seien, so daß ihnen bekannt gewesen sei, daß durch Erfüllung die Darlehnsforderung erloschen, die Hypothek kraft Gesetzes zur Eigentümergrundschuld geworden und damit das Grundbuch falsch geworden sei. Da der Bekl. mangels guten Glaubens die Hypothek nicht erworben habe, sei das Grundbuch unrichtig. Der Kl. hat den Anspruch des Eigentümers auf Berichtigung des Grundbuches sowie die Eigentümergrundschuld gepfändet.

Er hat beantragt: 1. den Bekl. zu verurteilen, in die Umschreibung der zugunsten des Bekl. eingetragenen Darlehnshypothek von 30 000 *RM* nebst Nebenleistungen in eine Eigentümergrundschuld bzw. Eigentümerhypothek zugunsten des Grundstückseigentümers F. einzuwilligen; 2. die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde für unzulässig zu erklären.

Der Bekl. bestreitet, daß der Kl. auf Grund des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses zur Erhebung der Klage legitimiert sei, und führt aus, der Pfändungsbeschluß sei als solcher weder formell in Ordnung noch sei er ordnungsgemäß zugestellt. Ferner bestreitet der Bekl., daß der Eigentümer bereits vor der Abtretung seine Schuld an die Bank bezahlt habe. Auch habe der Bekl. keinesfalls annehmen können, daß die D.-Bank ihm eine Hypothek abtrete, die ihr nicht mehr zustand. Der Bekl. habe daher auf alle Fälle kraft guten Glaubens die Hypothek erworben. Abgesehen hiervon sei die Abtretung auch mit Zustimmung des Eigentümers erfolgt, so daß der Bekl. schon aus diesem Grunde die streitige Post als Hypothek oder zum mindesten als Grundschuld erworben habe.

Das LG. hat der Klage mit der Einschränkung stattgegeben, daß es den weitergehenden Antrag, die Zwangsvollstreckung aus den Vollstreckungsklauseln auch wegen der persönlichen Schuld des Eigentümers für unzulässig zu erklären, zurückgewiesen hat. Das OLG. hat zurückverwiesen.

Der Senat hat ausgeführt, daß das LG. seine Entsch. auf die Erfahrung des täglichen Lebens sowie darauf gestützt habe, daß der Bekl. nicht substantiiert dargetan und nicht unter Beweis gestellt habe, daß er bei Erwerb der Hypothek sich auf die Richtigkeit des Grundbuches verlassen habe. Demgegenüber habe aber die Möglichkeit bestanden, daß der zu entscheidende Fall anders gelagert gewesen sei, als die Erfahrungen des täglichen Lebens lauten. Das LG. habe es versäumt, die Parteien durch Ausübung der richterlichen Fragepflicht zu veranlassen, genügend bestimmte Angaben zu machen und die erforderlichen Beweise anzutreten.

In dem erneuten Verfahren hat das LG. Beweis darüber erhoben, ob die Forderung der D.-Bank zur Zeit der Abtretung getilgt war, und ob der Bekl. für die Abtretung einen Gegenwert an die Bank gezahlt hat.

Dann hat das LG. dem Klageantrage in demselben Umfange stattgegeben wie in seinem früheren Urteil. In der Urteilsbegründung hat das LG. festgestellt, daß die Abtretung der Hypothek unentgeltlich erfolgte und daß zur Zeit der Abtretung die Darlehnsforderung der Bank getilgt war.

Die Berufung des Bekl. ist begründet. Soweit der Kl. mit dem Antrage zu 1 Berichtigung des Grundbuches auf Grund des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses verlangt, steht ihm dieser Anspruch nicht zu, weil der Bekl. schon lange vor dem erwähnten Beschluß das streitige Recht erworben hat. Wie der Kl. selbst vorträgt, auch durch die Beweisaufnahme dargetan ist, war die Post in Abt. III Nr. 7 durch den Wegfall der Forderung Eigentümergrundschuld geworden, die gegenteilige Annahme des Bekl. muß als widerlegt angesehen werden. Die Eigentümergrundschuld hat der Bekl. schon i. J. 1926 rechtswirksam erworben.

Zur Übertragung des Rechts auf den Bekl. war gem. § 873 BGB. die Einigung des Eigentümers und des Bekl. über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuche erforderlich. Beide Erfordernisse sind hier erfüllt. Nach außen liegt zwar nur eine Einigung der nicht berechtigten Bank mit dem Bekl. vor. Aber der Eigentümer hat sich dieser Einigung angeschlossen und ihr dadurch Rechtswirksamkeit verliehen (§§ 182 Abs. 2, 185 BGB.). Für den Übergang des Sachenrechts sind allein die Vorschr. der §§ 873 ff. BGB. maßgebend. Demgegenüber handelt es sich bei den formellen Best., insbes. der §§ 19, 29, 40 GBO., nur um Ordnungsvorschriften, deren Verletzung der Übergang des materiellen Rechts in keiner Weise beeinträchtigt (vgl. Predari, Komm. z. GBO. zu § 29; RG. 54, 365 ff.). Gemäß §§ 19, 29 GBO. erfolgt eine Eintragung, wenn der durch sie Betroffene sie in öffentlich beglaubigter Form bewilligt. § 40 bestimmt, daß eine Eintragung nur erfolgen soll, wenn derjenige, dessen Recht durch die Eintragung betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist. Abgesehen davon, daß der Übergang des materiellen Rechts durch die Nichtbefolgung dieser Ordnungsvorschriften nicht verhindert wird, ist die Anwendbarkeit des § 40 auf die Eigentümergrundschuld überhaupt zweifelhaft, da letztere kraft Gesetzes entsteht. Die Eintragung als Eigentümer schließt also gewissermaßen bereits die Eintragung als Berechtigten einer Eigentümergrundschuld in sich. Aus diesem Grunde wird bei der Abtretung einer zur Eigentümergrundschuld gewordenen Hypothek von der herrschenden Ansicht ihre vorherige Umschreibung auf den Eigentümer überhaupt nicht verlangt (vgl. Güthe-Triebel, Komm. z. GBO., zu § 40 Anm. 17; Cosack-Mitteis, Sachenrecht, 1924, S. 78; u. a. Staudinger zu § 1163 BGB. unter

---

Zu 8. I. Zu begrüßen ist die scharfe Trennung zwischen dem materiellen und dem formellen Liegenschaftsrecht. Da, wie feststeht, die Eintragung erfolgt ist, ist nur noch zu prüfen, ob eine rechtswirksame Einigung vorliegt. Die Nachprüfung der grundbuchmäßigen Erklärungen kommt in Fortfall.

II. Im übrigen löst sich die Entsch. in zwei Grundfragen auf:

1. Daß auf das materielle Rechtsgeschäft die Vorschr. über die Willenserklärungen des BGB. zur Anwendung zu bringen sind, kann nicht bezweifelt werden. Es ist dem Urt. unbedingt zuzustimmen, wenn es mit der durchaus herrschenden Meinung § 185 BGB. auf die dingliche Einigung anwendet. Dabei ist es im gegebenen Fall ohne Bedeutung, wie man zu der bekannten Streitfrage steht, ob die Zustimmung sich auf das ganze Rechtsgeschäft einschl. der Eintragung oder nur auf die Willenserklärungen beziehen muß. Infolge der vorherigen Zustimmung des materiell Berechtigten war die dingliche Einigung von Anfang an wirksam.

2. Zweifelhafter kann vielleicht die Frage sein, ob darin ein Bedenken zu finden ist, daß nicht die tatsächlich bestehende Grundschuld, sondern dem Wortlaut nach eine Hypothek abgetreten ist, die dingliche Einigung sich also auf ein nicht vorhandenes Recht bezog. Auch hier sind Zweifel über die Anwendbarkeit der §§ 133, 140 BGB. nicht begründet, da es sich um das materielle Geschäft handelt. Diese Zweifel könnten allenfalls eine gewisse Berechtigung haben, wenn es sich um die Prüfung der grundbuchlichen Erklärungen handeln würde. Je nachdem, ob man sagt, daß die Parteien durch die Abtretung eine Sicherung durch eine Hypothek schaffen wollten, oder daß die Parteien die Übertragung der abstrakten Grundschuld beabsichtigten, wird man den § 140 oder § 133 anwenden müssen. Im ersteren Fall sollte ein Recht übertragen werden, das nicht besteht. Durch das Rechtsgeschäft sind aber die Vorschr. für die Übertragung der bestehenden Grundschuld erfüllt; durch Umdeutung kommt man zu dem von den Parteien gewollten Erfolg. Nimmt man mit dem Urt. an, daß die Parteien eine abstrakte Sicherung im Auge hatten, ist lediglich eine falsa demonstratio gegeben, die unter § 133 fällt. In dieser Beziehung fehlt es in dem Urt. an der wünschenswerten Klarheit, das Ergebnis ist nicht zu beanstanden.

III. Daß das Grundbuch in bezug auf die Bezeichnung des dinglichen Rechtes unrichtig ist, ist mit Recht hervorgehoben. An der Berichtigung hat jedoch der Kl. kein Interesse, da sein Recht dadurch nicht berührt wird.

LGDir. PrivDoz. Dr. Bernhöft, Rostock.

II, 3, b). Die Formvorschriften der GBO. scheiden demnach bei der Betrachtung der materiellen Rechtslage überhaupt aus.

Eine Ablehnung der Heilungsvorschriften der §§ 182, 185 BGB. könnte sich lediglich aus dem formellen Charakter des Sachen-, insbes. des Grundbuchrechts überhaupt ergeben. Dieser Formstrenge ist jedoch bereits durch die erwähnten Ordnungsvorschriften der GBO. Rechnung getragen, während das Gesetz für die nach § 873 BGB. erforderliche materielle Einigung überhaupt keine Form erfordert. —

Die Formstrenge des Liegenschaftsrechts verfolgt in erster Linie den Zweck, nach außen klare Rechtsverhältnisse aufzuzeigen. Wer daher im Vertrauen auf die im Grundbuch verzeichnete Rechtsstellung des Veräußerers ein Rechtsgeschäft vornimmt, soll auf Kosten des wahren Berechtigten selbst dann geschützt werden, wenn die Bucheintragung mit der wahren Rechtslage nicht in Einklang stand, der Veräußerer also zur Verfügung über das Recht nicht befugt war (§ 892 BGB.). Wenn das Gesetz die Heilung der Verfügung eines Nichtberechtigten ohne Rücksicht auf den Willen des Berechtigten lediglich durch das Vertrauen des Erwerbers auf die Richtigkeit des Grundbuches eintreten läßt, so muß erst recht diese Heilung Platz greifen, wenn der Berechtigte der Verfügung zustimmt. Es bedarf dann weder eines besonderen Schutzes des Erwerbers noch des Berechtigten. Geht man hiervon aus, so steht die Heilungswirkung des § 185 nicht im Gegensatz, sondern ergänzend neben den Vorschr. über die Heilung kraft guten Glaubens (vgl. RG. 54, 365 und in SeuffArch. 74 Nr. 162).

Der Einwand, daß durch die Anwendung des § 185 im Grundbuchrecht die übrigen Gläubiger benachteiligt werden könnten, ist nicht stichhaltig. Denn diese Gläubiger könnten eine Benachteiligung auch dann nicht verhindern, wenn die Verfügung durch den Berechtigten selbst wirksam vorgenommen worden wäre. Es besteht daher kein Grund, ihnen einen größeren Schutz zu verleihen, wenn der Berechtigte zwar die Verfügung nicht selbst vornimmt, aber seine Zustimmung zu der Verfügung des Nichtberechtigten gibt. Wohl kann durch die Anwendung des § 185 eine Vormerkung illusorisch gemacht werden. Der Vormerkungsberechtigte wird aber auch nicht bei einem Erwerb im guten Glauben geschützt, der grundsätzlich eine schwächere Wirkung hat wie die Heilung nach § 185.

Aus den angeführten Gründen ist die Anwendbarkeit des § 185 im Sachen- und insbes. auch im Liegenschaftsrecht zu bejahen. Auf diesem Standpunkt stehen auch Rspr. und Schrifttum, die die Anwendung dieser Vorschrift im weitesten Umfange befürworten (vgl. RG. 54, 365; RG.: SeuffArch. 60, 288 Nr. 162; OLG. Dresden: SeuffArch. 62, 400; ferner die Komm., insbes. Planck zu § 185 BGB., sowie Güthe-Triebel zu § 40 GBO. Anm. 5; Staudinger zu § 873 BGB. unter B, II, g).

Stehen demnach grundsätzliche Bedenken der Anwendung des § 185 im vorl. Falle nicht entgegen, so bleibt noch zu prüfen, ob das abgeschlossene Geschäft seinem Inhalt nach zustimmungsfähig war. Abgetreten ist nach dem Klagevortrage eine Hypothek, die mangels einer zugrunde liegenden Forderung zur Eigentümergrundschuld geworden war. Da die Forderung untergegangen war, konnte die Post als Hypothek nicht abgetreten werden, denn eine Hypothek setzt gem. §§ 1113, 1153 BGB. stets eine Forderung voraus, und kann nicht ohne die Forderung abgetreten werden. Von diesem Grundsatze macht nur § 1138 BGB. eine Ausnahme für den Erwerb einer forderungslosen Hypothek im Vertrauen auf die Richtigkeit der Grundbucheintragung. Als Hypothek kann daher die Post Nr. 7 nicht übergegangen sein, wenn man von gutgläubigem Erwerb einmal absieht. Dazu hätte es einer Auswechslung der Forderung der Bank mit der des Bekl. nach § 1180 BGB. bedurft, was nicht geschehen ist. Es besteht aber kein Grund, den Übergang der Post als Grundschuld in Frage zu stellen, ob man nun den Erwerb der Grundschuld aus dem Gesichtspunkte der Konversion des § 139 oder aus der allgemeinen Erwägung herleitet, daß die Auslegung einer Willenserklärung in erster Linie den Parteiwillen zu berücksichtigen hat und nicht an dem bloßen Wortlaut ihrer Erklärung haften soll (§ 133 BGB.). Der Kl. gibt ja auch zu, daß der Wille des F. gewesen sei, die Eigentümergrundschuld solle zur Sicherung der Steuerforderungen des Bekl. dienen und daß der Bekl. eine Darlehnsforderung nicht habe erwerben wollen, und dem Bekl. ging es vor allem darum, das dingliche Recht zu erwerben. Hiernach ist der von den Parteien beabsichtigte Rechtserfolg — die Sicherung des Bekl. für seine Steuerforderung — eingetreten. Dasselbe Ergebnis wäre auch erzielt worden, wenn der Eigentümer selbst die auf ihn übergegangene Eigentümergrundschuld an den Bekl. abgetreten hätte. Also muß das gleiche für die Abtretung der Eigentümergrundschuld durch den Scheingläubiger mit Zustimmung des Eigentümers gelten. An diesem Ergebnis kann die unrichtige Bezeichnung als Hypothek nichts ändern. Da somit der Bekl. die Post Nr. 7 durch die Zustimmung des F. als Eigentümergrundschuld erworben hat, erübrigt sich die Prüfung der Frage, ob der Bekl. beim Erwerb der Post im guten Glauben war, denn der Erwerb nach § 185 tritt ohne Rücksicht auf den guten oder bösen Glauben des Erwerbers ein.

Ist also die Post nach dem Klagevortrage durch die Zustimmung des Eigentümers gem. § 185 als Grundschuld auf den Bekl. übergegangen, so ist das Grundbuch nur insofern unrichtig, als die abgetretene Post Nr. 7 im Grundbuch als „Hypothek" statt als „Grundschuld" eingetragen ist. Die Berichtigung dieser Unrichtigkeit kann aber der Kl. — unabhängig von dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluß — auf Grund seines nachstehenden Gläubigerrechts nicht im Klagewege verlangen, sondern er kann allenfalls beim GBA. anregen, gem. § 33 GBO. von Amts wegen die Berichtigung vorzunehmen. Denn § 894 BGB. setzt voraus, daß ein Recht nicht oder nicht richtig eingetragen ist, und daß der hierdurch Betroffene durch die Unrichtigkeit der Eintragung beeinträchtigt wird. Durch die Eintragung einer Hypothek statt einer Grundschuld wird über das Recht des Kl. als nachgehenden Hypothekengläubigers nicht beeinträchtigt, da die ihm vorgehende Belastung wirtschaftlich gesehen durch die Berichtigung nicht zu seinem Nachteil geändert wird.

(OLG. Köln, Urt. v. 22. März 1932, 4 U 175/31.)

*

9. §§ 1, 52 PrJagdO. Haftung für Kaninchenschaden. Aktivlegitimation der Grundbesitzer. Vertretungsbefugnis des Jagdvorstehers. †)

Durch Jagdpachtvertrag hat der Jagdvorsteher der Jagdgenossenschaft F., der die Kl. angehören, dem Bekl. die Jagdnutzung an dem gemeinschaftlichen Jagdbezirk E. übertragen. In § 10 dieses Pachtvertrages heißt es: „Pächter ist zur vollständigen Wiedererstattung der zu zahlenden Wildschadensbeträge nach Maßgabe der § 51 ff. JagdO. und den beigefügten Sonderbedingungen verpflichtet." Nach diesen Sonderbedingungen hat Anpächter auch die durch Kaninchen verursachten erheblichen Schäden zu ersetzen. In den Jahren 1928—1931 verursachten Kaninchen erhebliche Schäden im Waldbezirk der Kl.; der Schadensbetrag wurde durch Gutachter auf 1570 *RM* festgestellt. Die Kl. haben den Bekl. auf Ersatz dieses Schadens in Anspruch genommen.

LG. und OLG. haben verurteilt.

Der Aktivlegitimation der Kl. stehen keine Bedenken entgegen. Der Jagdpachtvertrag ist zwar zwischen dem Jagdvorsteher als gesetzlichem Vertreter der Jagdgenossenschaft und dem Bekl. zustande gekommen. Gleichwohl können jedoch die Kl. hieraus Klage erheben. Die Vorschr. des § 52 Abs. 2 PrJagdO. läßt erkennen, daß die Amtsstellung des Jagdvorstehers in einzelnen Fällen ein Sorgerecht gegenüber den einzelnen Jagdgenossen umfaßt. Es ist ihm zur Pflicht gemacht, die vollständige Wiedererstattung des Wildschadens bei der Verpachtung von dem Pächter auszubedingen. Hierbei handelt er nicht für die Jagdgenossenschaft, die keine Verpflichtung zum Ersatz von Wildschäden trifft, sondern für die ersatzpflichtigen Grundstückseigentümer, aus denen sich die Jagdgenossenschaft zusammensetzt. Diese dem Pächter aufzuerlegende Wiedererstattungspflicht bezieht sich nach § 52 PrJagdO. auf „Schäden". Dadurch wird der Jagdpachtvertrag erweitert zu einem Vertrag im allgemeineren Sinn, und der Jagdpächter wird haftbar für den Kaninchenschaden.

Das nicht jagdbare Kaninchen hat schon öfter zu derartigen Abmachungen in Jagdpachtverträgen Veranlassung gegeben. Auch nach einer Entsch., die Schultz im JahrbEntschRG. usw. V, 86 mitteilt, wird ein Ersatzanspruch anerkannt, wenn ein solcher „vertraglich" ausgemacht ist (Görcke, JagdO. 1920 S. 95) und „gar nicht selten übernimmt der Jagdpächter im Pachtvertrag auch den Ersatz von Kaninchenschaden als eine Vereinbarung rein privatrechtlicher Natur" (Bauer, JagdO., 5. Aufl. 1928).

Die Aktivlegitimation der Grundstückseigentümer ergibt sich auch daraus, daß der Jagdvorsteher zugunsten sämtlicher Jagdgenossen in ihrer Eigenschaft als Einzelpersonen eine weitergehende Entschädigung vereinbaren kann. Die Grundstückseigentümer werden daher durch die dem Jagdvorsteher in § 52 PrJagdO. erteilte Vertretungsmacht sofort berechtigt und verpflichtet. Die Kl. können daher einen Ersatzanspruch unmittelbar an den Bekl. geltend machen. Geh. RegR. Prof. Dr. Eckstein, Eberswalde.

Zu 9. Das Kaninchen ist nach § 52 PrJagdO. nicht jagdbar, trotzdem wird es von dem zur Jagd ausgerüsteten weidgerechten Jäger gejagt, z. B. wenn es bei einer Treibjagd dem Schützen vor die Flinte kommt, oder wenn man sehr zahlreichem Vorkommen besondere Jagden ansetzt. Zum Begriff „Jagd" gehören nicht nur die Veranstaltungen, welche auf die Erbeutung der Tiere in weidmännischer Art gerichtet sind, sondern auch die Hege des Wildes. Diese wird durch „pfleglichen Abschuß" dem Kaninchen zuteil, in ähnlicher Weise wie z. B. dem Wildschwein, denn niemals wird man eine Frischlinge führende Bache abschießen. Wenn das Kaninchen auch dem freien Tierfang unterliegt, wird es im allgemeinen vom Jäger nicht anders behandelt als die jagdbaren Tiere.

Im Jagdpachtvertrag können ebenso wie in jedem anderen Vertrag mit allgemein üblichen oder gesetzlich vorgeschriebenen Bedingungen (z. B. Fischereipachtvertrag in Preußen auf zwölf Jahre) oder wie es vielfach geschieht, in Mietsverträgen Sonderbest. aufgenommen werden. Eine solche ist im vorl. Fall die ausdrückliche Verpflichtung des Jagdpächters, die durch Kaninchen verursachten Schäden zu ersetzen. Es heißt ausdrücklich „Schäden", nicht „Wild-

nur auf den Ersatz des durch die in § 51 PrJagdO. genannten Tiere verursachten Wildschadens. Daraus folgt aber nicht, daß der Jagdvorsteher nicht zugunsten sämtlicher Jagdgenossen in ihrer Eigenschaft als Einzelpersonen eine weitgehende Entschädigung vereinbaren kann. Diese werden daher durch die dem Jagdvorsteher in § 52 PrJagdO. gesetzlich erteilte Vertretungsmacht sofort berechtigt und verpflichtet. Die Kl. können deshalb einen Ersatzanspruch unmittelbar gegen den Bekl. geltend machen. Gegen die Zulässigkeit derartiger Abreden ergeben sich keine Bedenken. Sie folgen dem freien Vertragsrecht. Für die Ansprüche aus ihnen ist der Rechtsweg eröffnet. Die Vorschr. der §§ 54 ff. PrJagdO. betreffen diese Frage überhaupt nicht, sondern nur das Rechtsverhältnis zwischen dem Geschädigten und den in erster Linie ersatzpflichtigen Jagdgenossen. Infolgedessen konnte in den Sonderbedingungen hinsichtlich des Umfanges der Schäden eine von diesen gesetzlichen Vorschr. abweichende Regelung getroffen werden.

(OLG. Köln, Urt. v. 14. Juli 1932, 8 U 11/32.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Pribilla, Köln.

Dresden. **II. Verfahren.**

10. §§ 829, 832 ZPO. Die Pfändung von künftigen Provisionsansprüchen der Agenten, d. h. der Ansprüche auf Provision aus solchen Geschäften, die z. B. der Pfändung noch nicht abgeschlossen sind, ist zulässig. [1])

(OLG. Dresden, 6. ZivSen., Beschl. v. 7. März 1933, 6a Reg 177/33.)

Mitgeteilt von RA. Hellmuth Hoffmann, Rodewisch i. V.

*

11. Bei Arrestpfändung einer Briefhypothek muß auch der Briefbesitz innerhalb der Vollstreckungsfrist erlangt werden. Ein zeitlich nachfolgender Pfändungsgläubiger kann die Aufhebung der Arrestpfändung und der nachfolgenden Überweisung wegen Nichteinhaltung dieser Frist im Wege § 766 ZPO. herbeiführen. Das AG. ist hierzu auch dann zuständig, wenn der Arrestbefehl vom LG. erlassen war. †)

Die Frage, ob im Falle der Forderungspfändung durch das Arrestgericht das hierfür zuständige Gericht (§ 930 Abs. 1 S. 3 ZPO.) auch über die Erinnerung gegen die Pfändung nach § 766 ZPO. zu entscheiden habe, ist lebhaft bestritten. Der Senat hat aber bisher schon immer die auch von Stein-Jonas bei § 766 III 1 vertretene und durchaus herrschende Meinung geteilt, daß über die Erinnerung gegen die Forderungspfändung des Arrestgerichtes das nach § 764 ZPO. zuständige AG. als Vollstreckungsgericht zu entscheiden habe (vgl. insbes. OLGRspr. 29, 175 und 33, 94) (1). Hiervon abzugehen besteht kein Anlaß.

Zur Pfändung einer Forderung, für welche eine Hypothek besteht, ist außer dem Pfändungsbeschlusse die Übergabe des Hypothekenbriefes an den Gläubiger erforderlich (§ 830 Abs. 1 S. 1 ZPO.). Erst mit der Übergabe des Hypothekenbriefes, die entweder freiwillig erfolgen oder im Wege der Zwangsvollstreckung herbeigeführt werden muß, ist, wenn die Übergabe dem Pfändungsbeschlusse nachfolgt, die Pfändung wirksam. Daran ändert nichts die Best. in § 830 Abs. 2 ZPO., nach welcher, wenn der Pfändungsbeschluß vor der Übergabe des Hypothekenbriefs (oder der Eintragung der Pfändung) dem Drittschuldner zugestellt wird, die Pfändung diesem gegenüber mit der Zustellung als bewirkt gilt. Denn sie gilt nur im Verhältnis zum Drittschuldner (2). Im übrigen ist die Pfändung, solange nicht Pfändungsbeschluß und Übergabe des Hypothekenbriefs ordnungsgemäß erwirkt sind, noch nicht nach Maßgabe des § 830 ZPO. erfolgt und vollzogen. Da nun aber die Vollziehung des Arrestbefehls und also auch die damit verbundene Pfändung nach § 929 Abs. 2 ZPO. unstatthaft wird, wenn seit Verkündung oder Zustellung an die Arrestkl. ein Monat verstrichen ist, so muß im Falle der Pfändung einer Briefhypothek auf Grund eines Arrestbefehls innerhalb der genannten Frist sowohl der Pfändungsbeschluß erlassen als auch die Übergabe des Hypothekenbriefs erfolgt sein (so auch die herrschende Meinung, insbes. KGJ. 41, 241; Stein-Jonas, ZPO. 929 II 2; Baumbach § 929 [2] C) (3).

Im vorl. Falle ist der vom Antragsgegner auf Grund des Arrestes erwirkten Forderungspfändung die Übergabe des Hypothekenbriefs zwar nachgefolgt, die letztere aber nicht innerhalb der Vollziehungsfrist des § 929 Abs. 2 ZPO. herbeigeführt worden, eine wirksame Pfändung nach § 830 ZPO. liegt daher nicht vor.

(OLG. Dresden, Beschl. v. 14. März 1933, 6a Reg 201/33.)

Mitgeteilt von RA. Reichenbach, Dresden.

*

Naumburg.

12. §§ 901, 908 ZPO. Zulässigkeit der weiteren Beschwerde trotz äußerlich gleichlautender Entscheidungen (§ 568 II ZPO.). Beschwerde zulässig gegen Haftbefehl, auch wenn Offenbarungseid auf Grund Verhaftung schon geleistet.

Auch nach der Eidesleistung hat der Schuldner ein rechtsschutzbedürftiges Interesse an einer sachlichen Nachprüfung der Gesetzmäßigkeit des Offenbarungseidsverfahrens und auch damit der Haftanordnung. Denn die Anordnung der Haft und die Leistung des Eides mindern nicht nur das gesellschaftliche Ansehen des Schuldners. Die damit verbundene Eintragung in die Schuldnerliste gem. § 915 ZPO. hat auch erheblichen Einfluß auf seinen Kredit als Geschäftsmann. Ergibt nun die spätere Nachprüfung, daß die Voraussetzungen der Haftanordnung oder der Eidesleistung nicht vorgelegen haben, so kann das unter Umständen zu einer Streichung des Schuldners aus der Schuldnerliste führen und so für den Schuldner von erheblichen praktischen Wert sein. Deshalb darf dem Schuldner auf seine rechtzeitig eingelegte sofortige Beschw. auch nach der Eidesleistung eine sachliche Nachprüfung nicht versagt werden.

(OLG. Naumburg, 7. ZivSen., Beschl. v. 28. Febr. 1933, 7 W 11/33.)

Mitgeteilt von RA. Kießling, Weimar.

III. Armenrecht. Gebühren und Kosten.

Berlin.

13. § 13 Ziff. 4 RAGebO. Beweisgebühr bei bedingter und bei vorbehaltener Beweisanordnung.

Der Senat hat in seiner grundsätzlichen Entsch. v. 1. Nov. 1928, 20 W 9842/28, allerdings anerkannt, daß auch eine bedingte Beweisanordnung bereits ein Beweisaufnahmeverfahren als objektive Voraussetzung für die Entstehung der Beweisgebühr in Gang setzt. Eine solche bedingte Beweisanordnung liegt aber nur dann vor, wenn bereits Beweis beschlossen, die Ausführung dieses Beschl. aber von einer Bedingung abhängig gemacht ist. Der häufigste Fall ist der, daß den Parteien vom Gericht ein Vergleichsvorschlag gemacht wird, für den Fall der Ablehnung dieses Vorschlags aber ein vom Gericht bereits vorgesehener Beweis erhoben werden soll.

Davon verschieden ist der Fall, daß das Gericht sich vorbehält, einen bestimmten oder auch erst noch näher zu bestimmenden Beweis zu erheben. Dieser Vorbehalt soll lediglich klarstellen, in welcher Richtung das Gericht möglicherweise weiter zu prozedieren beabsichtigt. Doch bedarf es in diesem Falle — und das ist das Entscheidende — erst noch einer besonderen Entschließung des Gerichts, ob es den vorbehaltenen Beweis erheben will. Erst mit dieser Entschließung wird das Beweisaufnahmeverfahren in Gang gesetzt und damit die objektive Voraussetzung des § 13 Ziff. 4 RAGebO. geschaffen. Die ratio dieser Unterscheidung zwischen bedingtem und vorbehaltenen Beweis ist die, daß bei bereits getroffener, sei es auch bedingt getroffener Beweisanordnung die Parteivertreter den mit der Beweisaufnahme zusammenhängenden Tatsachenkomplex mit den Parteien bereits in genau derselben Weise durchzugehen haben, wie wenn die Beweisanordnung bedingungslos geschehen wäre, sich somit auf die Durchführung des angeordneten Beweises bereits einzustellen haben (so auch Walter-Joachim-Friedlaender, Anm. 83a zu § 13 RAGebO.). Hat daher der Anwalt eine solche Tätigkeit entwickelt, dann ist außer der objektiven auch die subjektive Voraussetzung der Beweisgebühr des § 13 Ziff. 4 RAGebO. erfüllt. Bei dem nur vorbehaltenen, d. h. also als möglich vom Gericht vorgesehenen Beweisbeschluß fehlt es jedoch an beiden Voraussetzungen und entsteht eine Beweisgebühr noch nicht (so auch Walter-Joachim-Friedlaender, Anm. 94 zu § 13 RAGebO.; KG., 9. ZivSen., vom 4. Nov. 1926: KGBl. 1927, 1). Allerdings muß es sich in der Tat um einen echten Vorbehalt, nicht etwa nur eine in die äußere Form des Vorbehalts gekleidete bedingte Beweisanordnung handeln (Walter-Joachim-Friedlaender Anm. 94). Hier, wo das Gericht den Parteien Auflagen gemacht und sich nach deren Erledigung Beweis vorbehalten hat, liegt ein echter Vorbehalt vor.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 4. März 1933, 20 Wa 56/33.)

Mitgeteilt von LGR. Dr. Gaedeke, Berlin.

*

Zu 11. 1. Ebenso München: OLGRspr. 18, 401; vgl. auch RG.: RheinZ. 2, 85.

2. Nichts anderes RG. 76, 233.

3. Ebenso Sydow-Busch, § 929 Anm. 5; Falkmann S. 892 mit Fußnote 7. Ausnahme bildet § 932 Abs. 3 ZPO.

Vgl. für den gleichartigen Fall des § 845: Stein, Bem. V mit Fußnote 48a, wo KG.: JurRdsch. 26 Nr. 743 zitiert ist; Falkmann 841 und 901; Hamburg: OLGRspr. 14, 211; RG.: Warn. 2, 434.

D. E.

[1]) And. Ans. KG.: 1932, 3191.

Dresden.

14. § 74 Abs. 2 Satz 1 GKG. bezieht sich nur auf den ersten Verhandlungstermin über die angekündigten Anträge und ihre Begründung. Wenn einmal dieser Verhandlungstermin anberaumt war und, wie hier, sogar eine Verhandlung stattgefunden hat, dann können weitere Verhandlungstermine über den gleichen Klagegegenstand nicht von einer weiteren Gebührenzahlung abhängig gemacht werden. Dabei macht es keinen Unterschied, ob vor dem ersten Termine überhaupt keine oder versehentlich eine zu geringe Gebühr gefordert oder bezahlt worden ist oder ob, wie hier, die Zahlung der zu geringen Gebühr auf die Annahme eines zu niedrigen Streitwertes zurückzuführen ist. Es ist auch hier ohne Einfluß auf die Entscheidung, daß der erste Verhandlungstermin vor dem AG. stattgefunden hat und danach der Streit an das LG. verwiesen worden ist. Im Sinne der angezogenen Gesetzesvorschrift bildet das Verfahren vor dem AG. vielmehr mit dem vor dem LG. eine Einheit. Hinsichtlich der nachgeforderten Gebühr hat sich im vorliegenden Falle das LG. auf die Einziehung in der üblichen Weise zu beschränken (vgl. auch JW. 1930, 2993; HöchstRRspr. 1931, 1385).

(OLG. Dresden, 4. ZivSen., Beschl. v. 26. Jan. 1933, 4 C Reg 29/33.)

Mitgeteilt von RA. Hellm. Hoffmann, Rodewisch i. V.

*

15. § 114 Abs. 2 ZPO. Kein Armenrecht für staatenlose Personen, die früher Deutsche gewesen sind.

Nach der Begr. zum Entw. der ZPO. hat sich die in deren Best. über das Armenrecht geregelte staatliche Fürsorge auf Deutsche zu beschränken und sich auf Ausländer nur insoweit zu erstrecken, als die Gegenseitigkeit verbürgt ist. Personen, die nicht Deutsche oder nicht Angehörige eines anderen Staates sind, der Angehörigen des Deutschen Reiches das Armenrecht gewährt, haben danach keinen Anspruch auf das Armenrecht. Zu diesen Personen gehören auch die Staatenlosen. Es ist auch in der Rspr. bis in die Zeit nach dem Weltkrieg ständig anerkannt worden, daß ein Nichtdeutscher, der keinem anderen Staate angehört, keinen Anspruch auf das Armenrecht hat (vgl. z. B. OLG. 33, 45). Wenn das OLG. Stuttgart: HöchstRRspr. 1929 Nr. 1877 zwar den Grundsatz ausdrücklich anerkennt, daß Staatenlose als Ausländer zu behandeln seien, gleichwohl aber einer Frau, die durch ihre Eheschließung ihre frühere deutsche Staatsangehörigkeit verloren hatte und staatenlos geworden war, das Armenrecht zur Scheidungsklage bewilligt hat, weil „§ 114 ZPO. auf Billigkeitsprinzip beruhe und es unbillig sei, einer früheren Reichsdeutschen, die staatenlos geworden sei, das Armenrecht zu verweigern", so vermag dem der erk. Sen. nicht beizutreten. Es liegt in der Natur der staatlichen Fürsorge, die in der Armenrechtsgewährung erfolgt, daß sie nur Angehörigen des Staates zuteil wird, der sie gewährt. Deshalb ist in der oben angeführten Begr. zum Entw. der ZPO. auch hervorgehoben, daß grundsätzlich nur Deutsche Anspruch auf das Armenrecht haben. Wer die deutsche Staatsangehörigkeit — aus welchem Grunde es auch sei — aufgibt, hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn er die staatliche Fürsorge des Deutschen Reiches, die das Bestehen der deutschen Staatsangehörigkeit zur Voraussetzung hat, nicht mehr in Anspruch nehmen kann. Wenn die Vorschr. in § 114 Abs. 2 ZPO. eine Ausnahme von diesem Grundsatze macht, indem sie Ausländern Anspruch auf das Armenrecht insoweit gewährt, als die Gegenseitigkeit verbürgt ist, beruht diese Rechtsordnung nicht auf Billigkeitserwägungen, die in der Person des einzelnen Ausländers, insbes. etwa wegen seiner früheren deutschen Staatsangehörigkeit, begründet sind, sondern auf der Tatsache, daß der Staat, dem der Ausländer angehört, seinerseits deutschen Staatsangehörigen Anspruch auf das Armenrecht gewährt. Es kann deshalb nicht anerkannt werden, daß § 114 ZPO. auf einem Billigkeitsgrundsatze beruhe, der die Armenrechtsgewährung an staatenlose Personen gestatte, die früher deutsche Staatsangehörige gewesen sind.

Ist aber von dem Grundsatze, daß nur Deutsche Anspruch auf das Armenrecht haben, eine Ausnahme nur gemacht für Ausländer insoweit die Gegenseitigkeit verbürgt ist, so bleibt keine Möglichkeit dafür, mit der in JW. 1930, 331[21] abgedr. Entsch. des KG. anzunehmen, § 114 Abs. 2 ZPO. zwinge nicht dazu, die Staatenlosen vom Genusse des Armenrechts auszuschließen. Auch die ebenda vertretene Meinung, daß einem staatenlos gewordenen früheren Deutschen deshalb das Armenrecht bewilligt werden könnte, weil er auch nicht ein solcher Ausländer geworden sei, für den keine Gegenseitigkeit verbürgt sei, findet in der angezogenen Gesetzesstelle keine Stütze.

Der erk. Sen. gelangt daher — zwar im Gegensatz zu den beiden obergerichtlichen Entsch., mit denen er sich in den bisherigen Ausführungen auseinandergesetzt hat, und zu dem ihnen folgenden Beschl. des 13. ZivSen. des SächsOLG. (unten S. 1343), aber in Übereinstimmung mit der früheren, langjährigen Rspr., Entsch. des KG. (13. Sen.): JW. 1931, 1836[31] und dem Beschl. des 5. ZivSen. des SächsOLG. (5 C Reg 235/31) v. 19. Juni 1931 — zu dem Ergebnis, daß ein Staatenloser keinen Anspruch auf das Armenrecht hat, und zwar auch dann nicht, wenn er — wie die Kl. des vorl. Rechtsstreites — früher die deutsche Staatsangehörigkeit besessen hat und durch die Eheschließung staatenlos geworden ist.

(OLG. Dresden, Beschl. v. 6. März 1933, 1 C Reg 124/33.)

Mitgeteilt von LGR. Dr. Richard Töpfer, Leipzig.

*

16. § 114 Abs. 2 ZPO. Armenrecht für ehemalige Deutsche, die staatenlos geworden sind.

Wenn auch Staatenlose grundsätzlich keinen Anspruch auf die Bewilligung des Armenrechts haben (RG.: JW. 1930, 138[13]), so ist doch der Senat in Übereinstimmung mit dem KG. (JW. 1930, 731[21]) und den OLG. Stuttgart (HöchstRRspr. 1929 Nr. 1877) und München (BayRpflZ. 1932, 13) der Ansicht, daß eine Ausnahme für ehemalige Deutsche zu machen ist, die staatenlos geworden sind (s. noch Rosenberg, Lehrb. des deutschen Zivilprozeßrechts, 3. Aufl., S. 250; vgl. andererseits auch KG.: JW. 1931, 1836[31]).

(OLG. Dresden, Beschl. v. 18. April 1932, 13 C Reg 78/32.)

Mitgeteilt von LGR. Dr. Richard Töpfer, Leipzig.

*

Kassel.

17. § 13 RAGebO. Anwendung der RAGebO., wenn der Testamentsvollstrecker (1926) dem RA. unter der Bedingung der Armenrechtsbewilligung Klageauftrag erteilt und dann unter Mitwirkung des RA., aber ohne daß das Armenrecht nachgesucht wurde, ein Vergleich mit dem Schuldner zustande kam.

Nach § 13 Ziff. 1 RAGebO. stehen die Sätze des § 9 a. a. O. dem als ProzBev. bestellten RA. zu für den Geschäftsbetrieb einschl. der Information und nach Ziff. 3 für die Mitwirkung bei einem zur Beilegung des Rechtsstreits abgeschlossenen Vergleich.

Hiernach ist also für die Entstehung dieser Gebühren Voraussetzung, daß der RA. zum ProzBev. bestellt ist, also Klageauftrag erhalten hat. Der Bekl. hat aber im Schreiben v. 8. Febr. 1926 vom Testamentsvollstrecker den Klageauftrag nur für den Fall erhalten, daß dem Testamentsvollstrecker im beabsichtigten Prozeß das Armenrecht gewährt werde. Es lag also hier ein Klageauftrag vor, dessen Inkrafttreten von dem Eintritt einer zukünftigen Bedingung abhängig gemacht wurde. Ein solcher Klageauftrag kann aber entgegen der Meinung des Vorderrichters nicht schon mit der Erteilung des bedingten Auftrags, sondern erst mit dem Eintritt der Bedingung eine Prozeßgebühr i. S. des § 13 Ziff. 1 a. a. O. zur Entstehung bringen. Da aber hier die Bedingung nicht eingetreten ist, fehlt es für die Entstehung einer Prozeßgebühr an dem Vorliegen eines wirksamen Klageauftrags.

Selbst nach der neuerdings von Friedlaender: JW. 1932, 1112 vertretenen Ansicht, wonach auch der bedingte Prozeßauftrag bereits die Honorierung nach der RAGebO. zur Folge habe und eine $^5/_{10}$-Prozeßgebühr nach §§ 13 Ziff. 1, 14 RAGebO. zur Entstehung bringe, wäre die Rechtslage für den Bekl. nicht günstiger. Diese Gebühr erwächst nämlich nach Friedlaender nur, wenn die Partei entschlossen ist, zu klagen und der RA. von vornherein bei seiner Tätigkeit mit dem durch den Eintritt der Bedingung möglichen Prozeß rechnen muß (JW. 1932, 1113). Da nach der damaligen ständigen erst i. J. 1930 geänderten Rspr. des RG. aber einem Testamentsvollstrecker das Armenrecht nicht gewährt werden konnte, durfte der Bekl. bei dem ihm erteilten Klageauftrag mit einem bevorstehenden Prozeß nicht rechnen. Daß dem so ist, ergibt sich auch daraus, daß der Bekl. nicht einmal den Versuch gemacht hat, das Armenrecht zu erhalten. Er kann also auch nach Friedlaenders jetziger, übrigens kaum beifallswürdiger Meinung keine Prozeßgebühr nach §§ 13 Ziff. 1, 14 RAGebO. verlangen.

Aus demselben Grund durfte das LG. auch dem Bekl. keine Vergleichsgebühr nach § 13 Ziff. 3 a. a. O. zusprechen. Schon aus der Erwägung heraus, daß die Vergleichsgebühr dem RA. nur bei Abwendung eines drohenden oder Beendigung eines schwebenden Prozesses gewährt wird, hätte das LG. dem Bekl. eine Vergleichsgebühr versagen müssen, da nach dem Inhalt des bedingten Klageauftrags v. 8. Febr. 1926 beim Abschluß des Vergleichs die Erhebung einer Klage nicht mehr in Betracht kam. Daß später oder früher dem Bekl. einmal ein unbedingter Klageauftrag erteilt worden ist, hat der Bekl. ausdrücklich nicht behauptet. Aus der Fassung seines Schreibens v. 5. Febr. 1926 geht, wie der Vorderrichter mit Recht ausführt, vielmehr hervor, daß der Bekl. darin nicht um die Bestätigung eines etwa bereits vorher mündlich erteilten, sondern erst um die Erteilung eines Klageauftrags nachsucht. Jedenfalls kann auch aus dem vom Bekl. angeführten Schreiben v. 6. Nov. 1925 an die Firma R. das Vorliegen eines Klageauftrags nicht gefolgert werden.

Auch gem. § 89 a. a. O. kann dem Bekl. für seine Tätigkeit keine Gebühr in Höhe der Prozeß- und Vergleichsgebühr unter entsprechender Anwendung der §§ 9, 13 a. a. O. gewährt werden. Eine derartige Prozeßgebühr nach § 89 a. a. O. ist nur dann gegeben, wenn der RA., der keinen Klageauftrag erhalten hat, eine erhebliche auf

einen Prozeß gerichtete Tätigkeit entfaltet hat, die weit über den Rahmen der Besprechung und der Ratserteilung hinausgeht. Das ist aber hier nicht der Fall. Ausscheiden muß hierbei als nicht unter die RAGebO. fallend die bei der friedlichen mit dem Abschluß eines Vergleichs endenden Auseinandersetzung entwickelte Tätigkeit des Bekl. Denn diese Tätigkeit war nicht auf einen bevorstehenden Prozeß gerichtet und kann daher nur nach der PrLGebO. berechnet werden. Aber auch das vom Bekl. in erster Linie für seine streitige Tätigkeit angeführte Schreiben v. 6. Nov. 1925 ist, wenn auch aus ihm ein schärferer Verhandlungston hervorgeht, nicht im Hinblick auf einen baldigen Prozeß verfaßt worden, denn dieses Schreiben bezweckte hauptsächlich, den Gegner zum Nachgeben zu bewegen und eine Einigung im Sinne einer friedlichen Auseinandersetzung herbeizuführen. Die vom Bekl. entwickelte Tätigkeit genügt also nicht, um eine Prozeß- und Vergleichsgebühr nach § 89 a. a. O. zur Entstehung zu bringen.

Die Tätigkeit des Bekl. muß also gewürdigt werden wie wenn kein Klageauftrag vorgelegen hätte. Hiernach ist die Tätigkeit des Bekl., soweit sie sich auf die friedliche Auseinandersetzung mit der Firma R. und den Erben bezieht, nach der PrLGebO. zu berechnen.

(OLG. Kassel, 3. ZivSen., Urt. v. 29. April 1932, 3 U 266/31.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Paulmann, Kassel.

*

Königsberg.

18. §§ 114 ff. ZPO. Das Armenrecht kann einem Testamentsvollstrecker nur bewilligt werden, wenn der Nachlaß unzulänglich und alle Erben arm i. S. des Gesetzes sind.

Nach neuerer Rspr. des RG. (vgl. JW. 1930, 1487 [2], aus der sich auch ergibt, daß die frühere abweichende Auffassung des RG. 81, 292 aufgegeben ist) bestehen grundsätzliche Bedenken gegen die Bewilligung des Armenrechts an einen Testamentsvollstrecker, der ein seiner Verwaltung unterliegendes Recht geltend macht oder gegen den ein solches Recht geltend gemacht wird, nicht, und ist in solchem Falle das Armenrecht zu gewähren, wenn sowohl der Nachlaß, als auch die Erben zur Bestreitung der Kosten unvermögend sind. Die Frage, ob der Testamentsvollstrecker Anspruch auf das Armenrecht auch dann hat, wenn, wie im vorl. Falle, abgesehen von der Unzulänglichkeit des Nachlasses, nicht die Armut aller, sondern nur eines oder mehrerer Erben nachgewiesen ist, läßt das RG. in der angezogenen Entsch. offen, und auch im Schrifttum ist, soweit feststellbar, darüber nichts gesagt. Der Sen. glaubt die Frage verneinen zu müssen. Der Testamentsvollstrecker nimmt, wie das RG. a. a. O. in eingehender Begr. darlegt, wenn er auch kraft Amtes handelt, lediglich Rechte und Pflichten der Erben wahr, und zwar der Gesamtheit der Erben, nicht etwa eines einzelnen. Daraus folgt aber, daß es zur Erlangung des Armenrechts nicht genügen kann, wenn der Testamentsvollstrecker außer der Unzulänglichkeit des Nachlasses nur die Armut eines oder einiger Erben nachweist, sondern daß es der Beibringung von Armutszeugnissen hinsichtlich aller Erben (sowie etwa vorschußpflichtiger Personen, insbes. der für die Kosten haftenden Ehemänner von Miterbinnen) bedarf. Richtig ist zwar, daß, wenn die Testamentsvollstreckung aufgehoben würde und nunmehr einer oder mehrere der nachgewiesenermaßen armen Erben gem. § 2039 BGB. auf Leistung an alle Erben klagen würden, das Armenrecht nicht deshalb abgelehnt werden konnte, weil kein Armutszeugnis hinsichtlich der anderen Erben beigebracht sei. Daraus folgt aber für die Beschw. nichts, denn ebenso richtig ist es, daß, wenn nach Aufhebung der Testamentsvollstreckung die nicht armen Erben klagen würden, eine Armenrechtsbewilligung nicht in Frage käme, und wenn die Gesamtheit der Erben klagte, dieser das Armenrecht nicht gewährt werden könnte. Der Testamentsvollstrecker aber macht die Rechte aller Erben geltend, er kann also, da insoweit eine Scheidung zwischen armen und nicht armen Erben nicht möglich ist, Anspruch auf das Armenrecht nicht haben, wenn er nicht die Armut aller Erben nachweist. Im übrigen ist es auch keineswegs gesagt, daß im Falle einer Aufhebung der Testamentsvollstreckung gerade die armen Erben und nur diese klagen würden, und nicht diejenigen, die zur Kostentragung imstande sind, es ist also keineswegs so sicher, daß, wenn infolge Versagung des Armenrechts die Testamentsvollstreckung aufgehoben würde, die Einklagung im Armenrechtswege und nur in diesem erfolgen würde.

(OLG. Königsberg, Beschl. v. 17. Jan. 1933, 6 W 1/33.)

Mitgeteilt von RA. Wilhelm Lotze, Arys (Ostpreuß.)

Berlin. IV. Zwangsversteigerungsgesetz.

19. § 6 ZwVerstG.; § 11 Teil 3 d. NotVO. v. 8. Dez. 1931. Die Zustellung des Zuschlagsbeschlusses an den gemäß § 11 Teil 3 der NotVO. v. 8. Dez. 1931 für den Schuldner bestellten Vertreter ist, auch wenn der Schuldner vor der Bestellung verstorben ist, gegenüber dessen Erben wirksam.

Die Bestellung des Zustellungsvertreters ist nicht deshalb unwirksam, weil der Schuldner z. Z. der Bestellung bereits verstorben war. Der Sen. hat im Beschl. v. 9. März 1932, 12 W 11 846/31, in Übereinstimmung mit Jaeckel-Güthe, ZwVerstG., Anm. 1 zu §§ 6, 7 (S. 37); Reinhard-Müller, ZwVerstG., Anm. 1a zu § 6 angenommen, daß die Bestellung eines Zustellungsvertreters gem. § 6 ZwVerstG. auch gegenüber den Erben des unbekannten Beteiligten wirkt, wenn der Tod des zu Vertretenden dem Gericht unbekannt war. Der Sen. hat zur Begründung insbes. darauf hingewiesen, daß, wenn der Wohnort des Beteiligten unbekannt ist, das Gericht in der Regel nicht weiß und auch nicht feststellen kann, ob der Beteiligte überhaupt noch lebt; daher sei anzunehmen, daß die Bestellung des Zustellungsvertreters, falls sie irrtümlich nach dem Tode des Beteiligten erfolgt, in dem Sinne vorgenommen wird, daß sie auch gegen die unbekannten Erben gelten soll. Der Zustellungsvertreter werde also für denjenigen bestellt, den es angehe.

Das LG. weist zunächst darauf hin, daß nach § 6 ZwVerstG. ein Zustellungsvertreter zu bestellen sei, wenn etwa die gleichen Voraussetzungen wie die für eine öffentliche Zustellung (§ 203 ZPO.) gegeben seien; wäre die öffentliche Zustellung angeordnet worden, so würde diese ohne Wirkung gewesen sein, weil es eine Zustellung an einen Verstorbenen nicht gäbe. Letzteres ist zwar richtig (vgl. Jaeckel-Güthe, Anm. 2 a. E. zu § 8). Indessen ist die Rechtslage bei einer öffentlichen Zustellung eine andere als bei der Zustellung an einen Zustellungsvertreter. Die öffentliche Zustellung tritt an die Stelle der Zustellung an den Beteiligten selbst; bei der Zustellung an den Zustellungsvertreter handelt es sich dagegen um die Zustellung an einen Vertreter des Beteiligten und es erhebt sich lediglich die Frage, wer von dem Zustellungsvertreter vertreten wird. Steht man auf dem Standpunkt, daß der Zustellungsvertreter lediglich den in dem Bestellungsbeschl. benannten Beteiligten vertritt, so muß allerdings die Zustellung an den Vertreter für unwirksam erachtet werden, wenn der Beteiligte z. Z. der Bestellung bereits verstorben war. Indessen handelt es sich ja gerade darum, wen der Zustellungsvertreter vertritt, ob lediglich den als vertreten Bezeichneten oder, falls dieser bereits verstorben sein sollte, seine Erben. Deshalb ist der Hinweis auf die Rechtslage bei der öffentlichen Zustellung nicht geeignet, den Standpunkt des Senats zu widerlegen.

Das LG. führt ferner aus, daß der in den §§ 672, 168 BGB. zum Ausdruck kommende Gedanke, auf den der Sen. in dem früheren Beschl. hingewiesen hatte, in dem Falle nicht zu verwerten sei, wenn der zu Vertretende bei Bestellung des Vertreters bereits verstorben sei. Die Heranziehung der erwähnten Vorschr. war in dem früheren Beschl. des Sen. jedenfalls deshalb am Platze gewesen, weil es sich dort um die Frage gehandelt hat, ob die Bestellung des Zustellungsvertreters nicht nur für die Erben des verstorbenen Beteiligten z. Z. der Bestellung, sondern auch für seine Erbeserben Wirksamkeit habe.

Das LG. will die Entsch. davon abhängig machen, ob das Gericht die Bestellung auch mit Wirkung gegenüber den Erben gewollt habe, und zwar auch für den Fall, daß der zu Vertretende bereits verstorben sein sollte. Ein solcher Wille ist nach der Meinung des LG. nicht ohne weiteres zu unterstellen und regelmäßig jedenfalls dann zu verneinen, wenn die Bestellung des Vertreters auf Antrag des Gläubigers erfolgt ist. Ob die Bestellung für die Erben dann gilt, wenn das Gericht ausdrücklich etwas Gegenteiliges zum Ausdruck bringt, kann unerörtert bleiben, da ein solcher Fall hier nicht vorliegt. Im Gegensatz zum LG. ist aber anzunehmen, daß regelmäßig der Wille des Gerichts dahin gerichtet sein wird, den Zustellungsvertreter auch für die Erben des etwa Verstorbenen zu bestellen. Wenn der Wohnort des Beteiligten unbekannt ist, so befindet sich das Gericht regelmäßig im ungewissen darüber, ob der Beteiligte noch lebt. Inwiefern es darauf ankommen soll, ob der Antrag zur Bestellung des Vertreters von dem Gläubiger ausgeht, ist nicht zu ersehen. Das LG. führt zur Begründung dieser Auffassung aus, wenn dem Gericht der Tod bekanntgewesen wäre, so hätte es ganz andere Nachweisungen verlangt, als ihm beigebracht worden seien; ferner hätte es wahrscheinlich auf die Bestellung eines Pflegers für die Erben hingewirkt. Hier handelt es sich offensichtlich um einen Trugschluß; denn wenn dem Gericht der Tod des zu Vertretenden bekanntgewesen wäre, hätte es auch keinen Zustellungsvertreter für den Verstorbenen bestellt. Es handelt sich ja gerade um die Frage, für wen das Gericht bei Ungewißheit über das Fortleben des Beteiligten den Vertreter bestellt.

Unzutreffend ist es, wenn das LG. ausführt, der Sen. habe in dem früheren Beschl. ausgesprochen, daß die Bestellung des Vertreters für die Erben regelmäßig auch dann wirksam sei, wenn das Versteigerungsgericht bei der Bestellung von dem Tode des Beteiligten Kenntnis gehabt habe. Ein solcher Ausspruch findet sich in dem früheren Beschl. nicht, der Sachverhalt gab dazu auch keinen Anlaß. Auch im vorl. Falle hat das Gericht von dem Tode des Schuldners keine Kenntnis gehabt. Ob das Gericht den Tod des Schuldners hätte kennen müssen, ist ohne Bedeutung für die Frage, für wen der Vertreter bestellt ist. Hatte das Gericht die Vorstellung, daß es ungewiß sei, ob

der Schuldner noch lebe oder nicht, so ist die Bestellung für den Fall des Todes für die Erben erfolgt, auch wenn dies in dem Bestellungsbeschluß nicht ausdrücklich hervorgehoben ist.

(KG., 12. ZivSen., Beschl. v. 25. Jan. 1933, 12 W 12447/32.)

Mitgeteilt von LGR. Dr. U. Hoche, Berlin.

*

Kassel.

20. §§ 9, 97 ZwVerstG. Ein persönlicher Gläubiger, der das Zwangsverwaltungsverfahren betreibt, hat kein Recht der Beschwerde gegen den Zuschlagsbeschluß, wenn ein vorgehender Realgläubiger die Zwangsversteigerung betreibt. †)

Ende September 1931 wurde die Zwangsverwaltung der Grundstücke des Kaufmanns K. in F. angeordnet. Die Anordnung der Zwangsverwaltung wurde am 2. Okt. 1931 im Grundbuch eingetragen. Durch Beschl. v. 15. März 1932 ließ das VollstrGer. den Beitritt der X.-GmbH. in W., einer persönlichen Gläubigerin des Schuldners, zu diesem Verfahren zu.

Im April 1932 wurde die Zwangsversteigerung der Liegenschaften angeordnet. Das Zwangsversteigerungsverfahren wird von der Gläubigerin der erststelligen Hypothek auf Grund ihres im September 1926 begründeten dinglichen Rechts sowie von zwei persönlichen Gläubigern des Schuldners, die dem Versteigerungsverfahren beigetreten sind, betrieben.

Am 3. Aug. 1932 erteilte das VollstrGer. der Ehefrau des Schuldners als der Meistbietenden den Zuschlag.

Gegen diesen Beschluß hat die X.-GmbH. sofortige Beschwerde eingelegt und gerügt, daß ihr die Best. des Versteigerungstermins nicht zugestellt worden sei.

Beschwerde und weitere sofortige Beschwerde waren ohne Erfolg.

Der Vorderrichter hat mit Recht angenommen, daß der genannten Firma die Beschwerdebefugnis fehle und deshalb die Beschwerde gegen den Zuschlagsbeschluß unzulässig sei.

Nach § 97 Abs. 1 ZwVerstG. steht die Beschwerde im Falle der Erteilung des Zuschlags außer anderen, hier nicht in Frage kommenden Personen jedem Beteiligten zu. Die Meinung der BeschwF., sie gehöre zu den Beteiligten ist rechtsirrig.

Wer im Zwangsversteigerungsverfahren als Beteiligter gilt, ist im § 9 ZwVerstG. geregelt. Die BeschwF. gehört zu keiner der dort aufgeführten Interessentengruppen.

A. Nach den Einleitungsworten des § 9 ZwVerstG. gilt als Beteiligter der Gläubiger. Unter dem Gläubiger versteht das Gesetz denjenigen Gläubiger, der das Verfahren betreibt, sei es, daß er der ursprüngliche Antragsteller ist, sei es, daß sein Beitritt zu dem angeordneten Verfahren zugelassen worden ist. Ist hinsichtlich eines Grundstücks gleichzeitig die Zwangsverwaltung und die Zwangsversteigerung anhängig, so handelt es sich rechtlich anerkanntermaßen um zwei getrennte Verfahren, die im wesentlichen unabhängig voneinander ihren eigenen Gang nehmen. Ein Gläubiger, der eines dieser Verfahren betreibt, ist damit noch keineswegs betreibender Gläubiger auch in dem anderen Verfahren. Die BeschwF. ist kraft ihres Beitritts betreibende Gläubigerin im Zwangsverwaltungsverfahren, dagegen hat sie diese Stellung in dem Zwangsversteigerungsverfahren nicht. An diesem Verfahren ist sie somit nicht als Gläubigerin beteiligt.

B. Nach § 9 Ziff. 1 ZwVerstG. gelten weiter als Beteiligte bestimmte Interessenten, die zu dem Verfahren zuzuziehen sind, ohne daß sie ihr Recht anzumelden brauchen. Es handelt sich um diejenigen, für welche zur Zeit der Eintragung des Vollstreckungsvermerks ein Recht im Grundbuch eingetragen oder durch Eintragung gesichert ist. Die BeschwF. gehört zu keiner dieser beiden Klassen.

1. Zur Zeit der Eintragung des Vollstreckungsvermerks war für sie kein Recht im Grundbuch eingetragen. Das ZwVerstG. versteht hier unter Rechten nur die im 3. Buche des BGB. aufgeführten und geordneten Rechte an Grundstücken und an Grundstücksrechten. Das durch die Verwaltungsbeschlagnahme zugunsten der BeschwF. begründete Veräußerungsverbot ist kein Sachenrecht in diesem engeren Sinne.

2. Für die BeschwF. war auch zur Zeit der Eintragung des Vollstreckungsvermerks kein Recht im Grundbuch durch Eintragung gesichert.

Es ist zwar richtig, daß nach den §§ 20 Abs. 1, 23 Abs. 1 Satz 1 und 146 Abs. 1 ZwVerstG. mit der Zulassung ihres Beitritts zum Zwangsverwaltungsverfahren zugunsten der BeschwF. ein Veräußerungsverbot hinsichtlich der beschlagnahmten Grundstücke begründet worden ist. Es ist weiter anerkannt, daß auch ein Veräußerungsverbot zu den durch Eintragung gesicherten Rechten gehören kann. Für das durch die Verwaltungsbeschlagnahme für den betreibenden Gläubiger entstandene Veräußerungsverbot gilt indes dieser letztere Satz nicht.

Bei dieser Rechtsmeinung legt der Senat kein Gewicht auf den von Fraeb (Anm. III 1 zu § 19 ZwVerstG.) hervorgehobenen Umstand, daß nicht die Beschlagnahme selbst, sondern die Anordnung, auf der das Veräußerungsverbot beruht, im Grundbuch eingetragen wird; denn dieser Umstand ist äußerlicher Art und ändert nichts daran, daß der Vollstreckungsvermerk gerade dem Schutze des Veräußerungsverbots dient.

Der hier erörterte Teil des § 9 Ziff. 1 ZwVerstG. ist aber nur im Zusammenhang mit § 19 ZwVerstG. zu verstehen. Nach dem Sinn des Gesetzes, wie er sich aus dem Zusammenhalt dieser Best. ergibt, hat der Vollstreckungsrichter, ohne daß es einer Anmeldung bedürfte, diejenigen Interessenten bei dem Zwangsversteigerungsverfahren als Beteiligte zuzuziehen, die aus dem Grundbuch und den dort in Bezug genommenen, in den Grundakten enthaltenen Urkunden (§§ 874, 885 Abs. 2, 1115 BGB. und §§ 9, 11, 50 und 57 GBO.) festzustellen sind. Die Eintragung des Verwaltungsvermerks im Grundbuch nennt aber nicht die Personen, die das Zwangsverwaltungsverfahren betreiben. Die Grundakten enthalten auch keine in Bezug genommenen Urkunden, die den Eintrag in dieser Beziehung ergänzen. Die Beiziehung der Akten betreffend das Zwangsverwaltungsverfahren zum Zwecke der Ermittelung dieser Gläubiger ist nicht Pflicht des Vollstreckungsrichters, da § 9 Ziff. 1 eben nur dem Schutze derjenigen Interessenten dient, die aus dem Grundbuche selbst und den dort in Bezug genommenen, in den Grundakten enthaltenen Urkunden ersichtlich sind.

C. Nach § 9 Ziff. 2 ZwVerstG. gelten endlich als Beteiligte mehrere Gruppen von Personen, sofern sie ihr Recht beim VollstrGer. anmelden und auf Verlangen des Gerichts oder eines Beteiligten glaubhaft machen. Für das Beschwerdeverfahren bestimmt § 97 Abs. 2 ZwVerstG., daß es genügt, wenn die Anmeldung und Glaubhaftmachung des Rechts bei dem Beschwerdegericht erfolgt. Hier kommen nur drei dieser Personengruppen in Frage, nämlich diejenigen, welche ein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes, diejenigen, welche ein Recht an dem Grundstück und diejenigen, welche einen Anspruch mit dem Rechte auf Befriedigung aus dem Grundstück anmelden.

1. Die BeschwF. gehört zunächst nicht zu den beiden letztgenannten Gruppen.

Sie hat kein Recht an dem Grundstück angemeldet. Rechte am Grundstück i. S. des § 9 Ziff. 2 ZwVerstG. sind wiederum nur die im dritten Buch des BGB. geordneten Sachenrechte. Es handelt sich hier um solche Rechte, die deshalb nicht unter § 9 Ziff. 1 fallen, weil sie zur Zeit der Eintragung des Vollstreckungsvermerks nicht im Grundbuch eingetragen waren. In Frage kommen beispielsweise Rechte, die ohne Eintragung entstehen (Überbaurenten und Notwegrenten), Rechte, die nach der Eintragung des Vollstreckungsvermerks eingetragen worden sind oder endlich Rechte, die zwar früher eingetragen, aber zur Zeit der Eintragung des Vollstreckungsvermerks zu Unrecht gelöscht waren.

Einen Anspruch mit dem Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück — in Frage käme § 10 Abs. 1 Ziff. 1 ZwVerstG. — hat die BeschwF. nicht angemeldet, so daß auch dieser Fall ausscheidet.

2. Endlich hat die BeschwF. kein Recht, welches der Zwangsvollstreckung im Zwangsversteigerungsverfahren entgegenstünde.

Im Schrifttum herrscht Streit darüber, ob überhaupt und wem gegenüber ein die Zwangsverwaltung betreibender persönlicher Gläubiger ein die Zwangsversteigerung ausschließendes vollstreckungshinderndes Recht hat. Ein Teil der Schriftsteller verneint ein solches

---

Zu 20. Im Ergebnis ist die Entsch. zu billigen. Die Begr. stützt sich in dem Hauptpunkte im wesentlichen auf Literaturstellen. Damit ist aber der unterliegenden Partei kaum gedient. Sie möchte wissen, wie die Entsch. aus dem Ges. herzuleiten ist.

Mit Recht nimmt die Entsch. an, daß ein persönlicher Gläubiger, der das ZwVerwVerf. betreibt, in dem gleichzeitig anhängigen ZwVerstVerf., in dem er nicht betreibender Gläubiger ist, nicht zu den Beteiligten gehört. Wird von einem persönlichen Gläubiger die Zwangsverwaltung und daneben von einem dinglichen Gläubiger die ZwVerst. betrieben, so hat der persönliche Gläubiger, der die Zwangsverwaltung betreibt, jedenfalls dann kein der ZwVerst. entgegenstehendes Recht, wenn das dingliche Recht, auf Grund dessen die ZwVerst. betrieben wird, vor der Anordnung der Zwangsverwaltung entstanden ist. Der Beschluß, durch den die Zwangsverwaltung angeordnet wird, gilt zwar zugunsten des Gläubigers, der ihn erwirkt hat, als Beschlagnahme des Grundstücks (§§ 20 Abs. 1, 146 Abs. 1 ZwVerstG.) und hat die Wirkung eines Veräußerungsverbots (§§ 23 Abs. 1, 146 Abs. 1 ZwVerstG.). Aber nur dann steht das Veräußerungsverbot der Durchführung des ZwVerstVerf. entgegen, wenn dieses wegen eines persönlichen Anspruchs oder auf Grund eines infolge des Verbots unwirksamen Rechtes betrieben wird (§ 772 ZPO.). Hier wurde sie betrieben auf Grund eines dinglichen Rechts, das bereits vor der Anordnung der Zwangsverwaltung entstanden, also dem die Zwangsverwaltung betreibenden Gläubiger gegenüber wirksam war. Daß zwei persönliche Gläubiger dem ZwVerstVerf. beigetreten waren, konnte daran nichts ändern. Das hätte näherer Begründung nicht bedurft.

Prof. Dr. Karl Blomeyer, Jena.

Recht schlechtweg (vgl. Fraeb, Anm. I 1 zu § 146 ZwVerstG.; Ruhl, Die Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungspraxis, S. 13 und namentlich Dieſter: DRZ. 1932, 114). Für die von ihnen vertretene Meinung mag die Erwägung sprechen, daß durch den Zugriff eines Gläubigers auf die Erträgnisse eines Grundstücks des Schuldners nicht der Zugriff anderer Gläubiger auf die Substanz des Grundstücks gehindert werden dürfe. Die Gegenmeinung wird von folgenden Schriftstellern vertreten: Jaeckel-Güthe, Anm. 27 der Vorbem. zu § 1 ZwVerstG.; Fiſcher-Schaefer, Anm. 5 zu § 866 ZPO., S. 103 des Erläuterungsbuches zum ZwVerstG.; Wolff, Anm. 2 zu § 1 ZwVerstG. und Steiner, Anm. 2 der Vorbem. zu § 1 ZwVerstG. Die Vertreter dieſer Ansicht stimmen darin überein, daß die auf Antrag eines persönlichen Gläubigers angeordnete Zwangsverwaltung einer später beantragten Zwangsversteigerung dann entgegenstehe, wenn sie von einem anderen persönlichen Gläubiger beantragt werde, daß dagegen die Zwangsversteigerung nicht gehindert werde, wenn der Versteigerungsantrag von einem Realgläubiger beantragt werde, dessen dingliches Recht vor der Verwaltungsbeschlagnahme entstanden sei. Zur Begründung der von ihnen vertretenen Rechtsansicht berufen sich diese Schriftsteller auf die §§ 20 Abs. 1, 23 Abs. 1 Satz 1 und 146 Abs. 1 ZwVerstG. sowie auf § 772 ZPO.

Welcher der beiden Ansichten der Vorzug zu geben ist, kann hier dahingestellt bleiben. Auch wenn man nämlich der an zweiter Stelle erwähnten Meinung folgt, so muß doch angenommen werden, daß ein persönlicher Gläubiger, der die Zwangsverwaltung betreibt, gegenüber anderen persönlichen Gläubigern, die später dem Zwangsversteigerungsverfahren beigetreten sind, kein vollstreckungshinderndes Recht hat, wenn die Versteigerung auch von einem Realgläubiger betrieben wird, dessen dingliches Recht vor der Anordnung der Zwangsverwaltung entstanden ist. Diese Meinung wird denn auch ausdrücklich von Jaeckel-Güthe a. a. O. S. 21 unten gebilligt, der zutreffend ausführt, in solchem Fall hindere § 772 ZPO. die Versteigerung nicht, weil die Versteigerung nicht auf dem Beitritt der persönlichen Gläubiger beruhe. Für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht spricht auch noch die folgende Erwägung: Wollte man annehmen, daß in dem erörterten Falle der das Zwangsverwaltungsverfahren betreibende persönliche Gläubiger, der dem Versteigerungsverfahren nicht beigetreten ist, den Beitritt anderer persönlicher Gläubiger zu dem Versteigerungsverfahren hindern könnte, so wäre das Ergebnis das, daß trotzdem die Zwangsversteigerung auf Grund des Antrags des vorgehenden Realgläubigers durchgeführt werden müßte. Der widersprechende Gläubiger könnte also nur die persönlichen Gläubiger, die dem Zwangsverwaltungsverfahren beitreten wollen, schädigen, ohne selbst hiervon einen Vorteil zu haben. Dies kann nicht Rechtens sein.

Da das Zwangsversteigerungsverfahren auch auf Antrag einer der BeschwF. vorgehenden dinglichen Gläubigerin betrieben wird, ist es ohne Belang, daß diesem Verfahren auch zwei persönliche Gläubiger des Schuldners beigetreten sind; die BeschwF. hat kein der Zwangsvollstreckung entgegenstehendes Recht i. S. des § 9 Ziff. 2 ZwVerstG.

(OLG. Kassel, 1. ZivSen., Beschl. v. 1. Dez. 1932, 1 W 253/32.)

*

Köln.

21. §§ 81—85, 100, 128 ZwVerstG.; § 568 ZPO. Die Zuſchlagsbeſchwerde kann nur auf ſolche Vorgänge geſtützt werden, die ſchon der Vollſtreckungsrichter berückſichtigen konnte. Vorausſetzungen eines neuen ſelbſtändigen Beſchwerdegrundes. †]

In einem Zwangsversteigerungsverfahren hatte der BeschwF. gegen den damaligen Grundstückseigentümer B. aus seiner ersten Hypothek von 17 000 *RM* die Zwangsversteigerung betrieben und war mit einem Bargebot von 1 300 *RM* Meistbietender geblieben. Die Rechte aus dem Meistgebot trat er durch notariellen Akt an die jetzige Schuldnerin und Beschwerdegegnerin ab. Dieser wurde darauf der Zuschlag erteilt. Da sie jedoch nach den Behauptungen des BeschwF. ihren Verpflichtungen aus dem Meistgebot nicht nachkam, wurde eine Restforderung von 388.28 *RM* gegen sie auf den BeschwF. übertragen und in dieser Höhe für ihn eine Sicherungshypothek an dem Grundstück als Post Nr. 23 eingetragen, und zwar an erster Stelle. In denselben notariellen Vertrag bewilligte die Schuldnerin die Eintragung von 18 500 *RM* Darlehn zugunsten des BeschwF., die mit Rang nach der Sicherungshypothek als Post Nr. 24 eingetragen wurden. Aus dem vollstreckbaren Zuschlagsbeschluß betrieb der BeschwF. die Wiederversteigerung. Später trat er auch aus der Post Nr. 24 bei. Im Termin v. 4. Aug. 1932 blieb er wiederum bei einem geringsten Gebot von 331,03 *RM* mit 500 *RM* Meistbietender. Zwischen Beendigung der Versteigerung und Termin zur Verkündung des Zuschlagsbeschlusses v. 12. Aug. 1932 ordnete das AG. als Prozeßgericht durch Beschl. v. 10. Aug. 1932 die einstweilige Einstellung der Zwangsversteigerung aus der Post Nr. 23 an, nachdem die Schuldnerin insoweit die Befriedigung des BeschwF. glaubhaft gemacht hatte. Auf Vorlage des Einstellungsbeschlusses versagte der Versteigerungsrichter am 12. Aug. 1932 den Zuschlag mit der dem § 83 Nr. 1 ZwVerstG. entlehnten Begr., es sei nunmehr so anzusehen, als ob nur aus der Post Nr. 24 betrieben worden wäre. Die Post Nr. 23 falle daher in das geringste Gebot und sei gem. § 128 Abs. 4 ZwVerstG. bar zu berichtigen. Da dazu aber das abgegebene Meistgebot nicht ausreiche, sei das Verfahren unter anderweitiger Bildung des geringsten Gebotes zu wiederholen.

Die gegen den Beschluß des Versteigerungsrichters erhobene sofortige Beſchwerde des Gläubigers macht geltend, er verzichte nunmehr auf die Zuteilung des auf die Post Nr. 23 entfallenden Betrages; damit entfalle gem. § 84 ZwVerstG. der Grund zur Versagung des Zuschlags, weil niemand durch die Zuschlagserteilung beeinträchtigt werde. Das LG. wies die sofortige Beschw. zurück, indem es das Verfahren des Versteigerungsrichters auch nach sachlicher Würdigung der durch den nachträglichen Verzicht des Gläubigers geschaffenen Rechtslage billigte.

Die sofortige weitere Beſchwerde des Gläubigers beanstandet das Verfahren des Versteigerungsrichters an sich nicht, will aber einen selbständigen Beschwerdegrund darin sehen, daß das LG. trotz der durch den Verzicht in der BeschwInst. geschaffenen Rechtslage nicht zur Aufhebung des den Zuschlag versagenden Beschlusses gekommen sei. Die Notwendigkeit des gegenteiligen rechtlichen Schlusses wird sowohl aus Erwägungen über den Einfluß des Verzichtes auf das geringste Gebot und den Mangel einer Benachteiligungsmöglichkeit (§ 84 ZwVerstG.) für die Beteiligten, als auch aus den Vorschr. der §§ 128 Abs. 3, 129 letzter Satz ZwVerstG. herzuleiten versucht.

Die Zulässigkeit der weiteren Beschw. könnte nur insoweit Zweifeln begegnen, als sie einen neuen ſelbſtändigen Beſchwerdegrund vermissen ließe (§ 568 ZPO.). Unzweifelhaft wäre ein solcher nicht gegeben, wenn der BeschwF. eine abermalige Entsch. allein über die Rechtsgründe, die bereits den Versteigerungsrichter zur Versagung des Zuschlags veranlaßten, hätte herbeiführen wollen. Denn insoweit stimmt die BeschwEntsch. mit der des Vollstreckungsrichters überein, ohne daß dabei eine Benachteiligung des BeschwF. erkennbar wäre. Das Verfahren des Versteigerungsrichters und damit gleichzeitig auch der diesen lediglich bestätigende Teil der BeschwEntsch. werden auch mit der weiteren Beschw. nicht angegriffen. Mit Recht findet aber der BeschwF. die selbständige Beschwer darin, daß erstmals das LG. auch aus Grün-

---

Zu 21. Das OLG. sieht einen neuen selbständigen Beschwerdegrund i. S. des § 568 Abs. 2 ZPO. deshalb als gegeben an, weil trotz der sachlichen Übereinstimmung im entscheidenden Teile „der Inhalt der BeschwEntsch. weiter reiche, als die des Versteigerungsrichters". Diese Formulierung ist nicht ohne Bedenken. Sie kann zu der Auffassung führen, daß die wesentliche Berücksichtigung neuer, d. h. im ersten Rechtszuge nicht geltendgemachter Tatsachen stets einen neuen selbständigen Beschwerdegrund bilde. Dies ist nicht der Fall. Auch wenn die zurückweisende BeschwEntsch. sich ausdrücklich auf neue Tatsachen i. S. des § 570 ZPO. stützt, braucht deshalb ein neuer selbständiger Beschwerdegrund nicht vorzuliegen (vgl. Baumbach, Anm. 3 B zu § 568). Doch sieht hier das OLG. einen solchen Grund mit Recht als gegeben an, weil es sich um eine Tatsache handelt, die erst nach der amtsgerichtlichen Entsch. eingetreten ist und deshalb im ersten Rechtszuge nicht gewürdigt werden konnte und die vor allem als Verschiebung der Rechtsgrundlage für die Entsch. über den Zuschlag in Betracht kommt.

Beizutreten ist dem OLG. ohne weiteres in dem Ausspruche, daß sich die Beschw. gegen den Zuschlag nicht auf Vorgänge stützen kann, die der Vollstreckungsrichter deshalb nicht hat berücksichtigen können, weil sie erst nach dem Zuschlage eingetreten sind. Dem entspricht die herrschende Auslegung des § 37 Ziff. 5 ZwVerstG., wonach die Geltendmachung eines der Versteigerung entgegenstehenden Rechts nur bis zur Erteilung des Zuschlages zulässig ist und im Beschwerdewege nicht nachgeholt werden kann (vgl. Jaeckel-Güthe, Anm. 14 zu §§ 37, 38; Reinhard-Müller, Anm. VI 3 a zu § 37). Hiermit steht im Einklang, daß einzelne NotVO., die neue Gründe zur einstweiligen Einstellung schaffen, aber erst nach Erteilung des Zuschlages in Kraft getreten sind, die Möglichkeit der Geltendmachung dieser Umstände im Beschwerdewege besonders vorsehen (vgl. z. B. VO. v. 5. Jan. 1933 [RGBl. I, 13] Art. II).

Zuzustimmen ist auch der — hilfsweise geäußerten — Auffassung des OLG., daß der Verzicht des BeschwF. auf die Rechte aus der früheren Übertragung (so ist wohl die Verzichtserklärung aufzufassen — vgl. auch § 118 Abs. 2 ZwVerstG.) eine Beeinträchtigung der Eigentümerin nicht ausschließt. Denn ein Rangverlust der so entstandenen Eigentümerhypothek (Jaeckel-Güthe, Anm. 8 zu § 118 und Anm. 8 zu § 92) gem. § 128 Abs. 3 Ziff. 2 scheidet schon deshalb aus, weil die folgende Hypothek Nr. 24 keine Sicherungshypothek für eine übertragene Forderung ist.

RGR. Armſtroff, Berlin.

den, die mit dem Verzicht auf die Post Nr. 23 zusammenhängen, zu einer dem BeschwF. ungünstigen Entsch. gekommen ist, zu der der Versteigerungsrichter um deswillen nicht kommen konnte, weil der Verzicht z. Z. seiner Entsch. noch nicht erklärt war. Damit ist der BeschwF. trotz der in ihrem verfügenden Teil inhaltlich gleichen Vorentsch. ungünstiger gestellt, weil der Inhalt der Beschwerdeentscheidung weiter reicht als die des Versteigerungsrichters (Baumbach § 568 3 A, B; Jackel-Güthe, Vorbem. II 1 zu §§ 95 ff. ZwVerstG.).

Ist somit die weitere Beschw. zulässig, so mußte ihr ein sachlicher Erfolg doch versagt werden. Der Versteigerungsrichter hat über den z. Z. seiner Entsch. gegebenen Tatbestand richtig und vollständig entschieden. Damals war ein Verzicht auf die Post Nr. 23 noch nicht erklärt. Die Entsch. des Versteigerungsrichters konnte sich deshalb überhaupt nur über die Frage der Wirkung der Einstellung der Vollstreckung aus der Post Nr. 23 auf das Verfahren verhalten. Diese Wirkung hat er richtig erkannt. Eine im Beschwerdeverfahren beachtliche Veränderung der Rechtslage durch das Verzichtsvorbringen konnte nachträglich die Entsch. des Versteigerungsrichters nicht mehr unrichtig machen. Zwar konnte das mit Rücksicht auf § 570 ZPO., der das Nachbringen neuer Tatsachen in den BeschwInst. gestattet, fraglich erscheinen. Jedoch ergibt sich die Richtigkeit dieser Auffassung aus der Sonderbest. des § 100 ZwVerstG. Diese Vorschr. läßt, soweit sie hier in Betracht kommt, nur die Verletzung bestimmter Vorschr., nämlich der §§ 81, 83 bis 85 ZwVerstG., als Beschwerdestützen zu. Daraus folgt, wenn die Beschw. gegeben sein soll, daß der Versteigerungsrichter die erwähnten Best. verletzt haben muß. Vorliegend ist diesem jedoch, wie selbst der BeschwF. anerkennt, eine derartige Rechtsverletzung nicht unterlaufen. Seine richtige Rechtsanwendung kann nicht dadurch zur unrichtigen werden, daß der BeschwF. nachträglich das geringste Gebot zu beeinflussen sucht. Die Sache liegt entsprechend, wie wenn das Vollstreckungsgericht in den Fällen des § 81 Abs. 2 und 3 ZwVerstG. den Zuschlag trotz Vorliegens einer Abtretung nicht dem Zessionar, sondern dem Meistbietenden erteilt, weil die nach diesen Vorschr. erforderlichen Erklärungen nicht nachgewiesen waren. Auch hier kann dieser urkundliche Nachweis nicht in der BeschwInst. nachgeholt werden, wohl aber in dem umgekehrten Fall, wenn eine ohne diesen Nachweis unzulässigerweise erfolgte Erteilung des Zuschlags an den Zessionar oder Vertretenen mit der Beschw. angefochten wird (Brand-Baur, Die Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungssachen in der gerichtlichen Praxis, S. 303). Ebensowenig kann eine Beschw. gegen den Zuschlag damit begründet werden, der Gläubiger sei vor Erteilung des Zuschlags befriedigt, wenn dieser Nachweis dem Versteigerungsrichter nicht rechtzeitig vorgelegt worden ist (OLG. 16, 338). Daraus folgt für die Zuschlagsbeschwerde allgemein, daß sie sich nicht auf Vorgänge stützen kann, die der Vollstreckungsrichter nicht schon berücksichtigen konnte, weil sie erst im Lauf des Beschwerdeverfahrens eingetreten sind. An diesem Ergebnis kann auch durch den Hinweis des BeschwF. auf § 84 ZwVerstG., nach dem gewisse Versagungsgründe des § 83 ZwVerstG. der Zuschlagserteilung nicht entgegenstehen, wenn das Recht des Beteiligten durch den Zuschlag nicht beeinträchtigt wird oder der Beteiligte das Verfahren genehmigt, nichts geändert werden.

Abgesehen davon, daß die Beseitigung der Versagungsgründe nicht nach Schluß der Versteigerung mit Wirksamkeit für den Zuschlag erfolgen kann, steht, entgegen der Auffassung des BeschwF., keineswegs fest, daß die Beibehaltung des ursprünglichen geringsten Gebots das Recht des Beteiligten, hier der Grundstückseigentümerin und Schuldnerin, nicht beeinträchtigt (Entstehung einer Eigentümerhypothek). Von der an sich zugunsten des Erstehers bestehenden Schutzbest. des § 128 Abs. 3 ZwVerstG. Gebrauch zu machen, würde vorliegend entfallen, da der BeschwF. sich durch seinen Verzicht auf die Sicherungshypothek dieses Rechtes begeben hat. Eine Anwendbarkeit des § 129 ZwVerstG. kommt nicht in Frage.

(OLG. Köln, 3. ZivSen., Beschl. v. 14. Okt. 1932, 3 W 218/32.)
Mitgeteilt von LGR. Dr. Schmit, Aachen.

*

Königsberg.

22. § 1 Art. 1 VO. v. 14. Febr. 1933 (RGBl. 63). Im Sinne dieser VO. ist der Zuschlag erst rechtskräftig, wenn allen Beteiligten gegenüber die Beschwerdefrist abgelaufen ist.

Die in der VO. v. 14. Febr. 1933 ausgesprochene Erweiterung des Vollstreckungsschutzes sollte einem möglichst weiten Kreise von Schuldnern zugute kommen. Während in den ihr zeitlich vorangegangenen VO. zum Schutze der Landwirtschaft die Einstellung des VerstVerf. die Ausnahme bildete, ist in der VO. v. 14. Febr. 1933 die Einstellung als Regel aufgestellt und die Fortsetzung des ZwVerst-Verf. nur auf Antrag des Gläubigers unter erschwerten Bedingungen zulässig. Da nun die Regelung des Vollstreckungsschutzes nach der AusfVO. v. 14. Febr. 1933 auf den Zeitpunkt der Rechtskraft des Zuschlagsbeschl. abgestellt ist, und nicht allein auf den Ablauf der für den Schuldner laufenden BeschwFrist, so kann sich auch ein Schuldner, der auf die Einlegung der Beschw. gegen den Zuschlagsbeschl. verzichtet hat, auf den Vollstreckungsschutz berufen, solange der Zuschlag auch nur einem Beteiligten gegenüber die Rechtskraft im Zeitpunkt des Inkrafttretens der VO. v. 14. Febr. 1933, d. h. am 16. Febr. 1933 noch nicht beschritten hat.

(OLG. Königsberg, Beschl. v. 30. März 1933, 3 W 214/33.)
Mitgeteilt von OLGR. Sieloff, Königsberg.

*

23. § 1 Art. 1 VO. v. 14. Febr. 1933 (RGBl. 63). Bei gleichzeitiger Versteigerung mehrerer Grundstücke ist zwecks Prüfung der Frage, ob es sich um landwirtschaftliche Grundstücke handelt, jedes für sich allein zu betrachten.

Es handelt sich bei dem einen, etwa 55 Morgen großen Grundstück um ein landwirtschaftliches Grundstück, dessen ZwVerst. deshalb nach der VO. v. 14. Febr. 1933 bis zum 31. Okt. 1933 nicht durchgeführt werden darf. Diese Eigenschaft kann dem Grundstück nicht deshalb abgesprochen werden, weil sich auf ihm keine Gebäude befinden und es von dem andern, nur 10 Morgen großen Grundstück, auf dem sich eine Mahl- und Schneidemühle befindet, bewirtschaftet wird. Es kommt nicht darauf an, ob die Landwirtschaft gegenüber dem Umfang des gewerblichen Betriebes auf dem andern Grundstück nur ein Nebenbetrieb ist; vielmehr muß bei Prüfung der Frage, ob es sich um ein landwirtschaftliches Grundstück handelt, jedes Grundstück für sich allein betrachtet werden.

(OLG. Königsberg, Beschl. v. 23. März 1933, 3 W 201/33.)
Mitgeteilt von OLGR. Sieloff, Königsberg.

*

24. § 1 Art. 1 AusfVO. zur VO. v. 14. Febr. 1933 (RGBl. 63/64). Über die Aufhebung des noch nicht rechtskräftigen Zuschlags hat auch, wenn gegen diesen Beschwerde eingelegt ist, das AG. zu entscheiden.

Nach Art. 1 § 1 I AusfVO. sind sämtliche Verfahren zum Zwecke der ZwVerst. landwirtschaftlicher Grundstücke bis zum 31. Okt. 1933 kraft Gesetzes einstweilen eingestellt. Es bedarf deshalb in der Regel keines besonderen Einstellungsbeschl. Dies gilt nach Abs. 2 auch, wenn im Zeitpunkt des Inkrafttretens der VO. v. 14. Febr. 1933, das ist am 16. Febr. 1933 der erteilte Zuschlag noch nicht rechtskräftig war; in diesem Falle hat aber das VollstrGer. den Zuschlag von Amts wegen aufzuheben. Das AG. hatte deshalb zu prüfen, ob am 16. Febr. 1933 der erteilte Zuschlag wegen Nichtablauf der Frist zur sofortigen Beschw. oder wegen rechtzeitiger Einlegung einer zulässigen Beschw. noch nicht rechtskräftig war. War dies der Fall, so war das VerstVerf. bereits von Gesetzes wegen eingestellt und bedurfte es nur noch der formellen Beseitigung des Zuschlags durch einen Beschl. des AG., der gleichzeitig das schwebende BeschwVerf. zur Erledigung brachte. Diese Prüfung hat das AG. nachzuholen. Bei Annahme der Zuständigkeit des LG. zum Erlaß des Aufhebungsbeschl. würde den Beteiligten für die Entsch. der Frage, ob die Voraussetzungen für diesen vorliegen, insbes. ob es sich um ein landwirtschaftliches Grundstück handelt, eine Instanz entzogen werden.

(OLG. Königsberg, Beschl. v. 30. März 1933, 3 W 225/33.)
Mitgeteilt von OLGR. Sieloff, Königsberg.

*

25. § 10 Ziff. 2 ZwVerstG. Eine Liedlohnforderung aus einem mit den Erzeugnissen des versteigerten Guts, aber auf einem andern Gut des Schuldners betriebenen Nebengewerbe genießt nicht den Vorrang. †)

Der Bekl. nimmt für seine Liedlohnforderung als Molkereiverwalter den Vorrang aus § 10 Ziff. 2 ZwVerstG. in Anspruch, obwohl die Molkerei sich auf einem anderen Grundstück des Schuldners befindet als dem, aus dessen Erlös er seine Befriedigung sucht. Als landwirtschaftliche Nebengewerbe kommen aber nur solche Gewerbe in Frage, die mit dem Grundstück, d. h. mit dem zur ZwVerst. stehenden Grundstück, verbunden sind. Um ein solches Nebengewerbe handelt es sich dann nicht, wenn der Betrieb auf einem

---

Zu 25. Nach § 26 PrZwVerstG. von 1883 mußten die Liedlohngläubiger in „einem zur Landwirtschaft bestimmten Gute" beschäftigt gewesen sein. Auch der Entw. I zum RGes. stellte auf ein „Landgut oder mehrere zum Betriebe der Landwirtschaft verbundene Grundstücke" ab, der zweite Entwurf sprach schlechthin von einem „Landgut". Die Einführung des Begriffes „Landgut" sollte darauf hin-

anderen, demselben Schuldner gehörenden Grundstück geführt wird, mögen auch hauptsächlich oder in erheblichem Maße für diesen Betrieb Gutserzeugnisse aus dem zur ZwVerst. stehenden Gut geliefert werden. In solchen Fällen stehen die Personen, die in diesem Betriebe Dienste leisten, zu dem landwirtschaftlichen Betriebe des zur Verst. stehenden Guts nicht in unmittelbarer Beziehung; diesem Gut kommt ihre Tätigkeit ebensowenig zugute, wie wenn sie in einem einem Dritten gehörigen Betriebe angestellt wären. Dem Anspruch des Bekl. steht somit der Rang als Liedlohn nicht zu.

(OLG. Königsberg, Urt. v. 4. Febr. 1932, 3 U 204/32.)

Mitgeteilt von OLGR. Sieloff, Königsberg.

*

26. § 10 Ziff. 3 ZwVerstG. Die Aufbringungsschuld aus dem AufbringG. v. 30. Aug. 1924 genießt nicht das Vorrecht einer öffentlichen Last.

Die Steuerforderung beruht auf dem Gesetz zur Aufbringung der Industriebelastung und auf dem Gesetz über die Industriebelastung, beide v. 30. Aug. 1924. Nach dem zweiten Gesetz erfolgte die Belastung der Grundstücke nach § 1 Abs. 1 in der Weise, daß die Last durch eine Hypothek des öffentlichen Rechts an erster Stelle gesichert und mit den in den §§ 46 bis 50 vorgesehenen Vorzugsrechten ausgestattet wurde, so daß für den Fall der Zwangsversteigerung die Ansprüche an dem im § 10 Ziff. 3 ZwVerstG. festgesetzten Range teilnehmen. Für das AufbringG. fehlt eine entsprechende Regelung. Für die Aufbringungspflicht der in diesem Gesetz erwähnten Unternehmungen ist im § 2 Abs. 3 die Best. getroffen, daß die Vorschr. des § 1 Abs. 2 Ziff. 3 IndBelastG. entsprechende Anwendung finden. Nicht für anwendbar erklärt ist somit § 1 Abs. 1 IndBelastG. und damit die den Vorrang in dem ZwVerstG. betreffenden Vorschr. § 21 der 2. DurchfVO., der bestimmte, daß im Falle der Zwangsversteigerung die Ansprüche für die rückständigen und künftigen Jahresleistungen an dem Range des § 10 Ziff. 3 ZwVerstG. teilnehmen, ist wegen offenbarer Ungültigkeit (JW. 1926, 1313) durch § 8 Abs. 2 der 4. DurchfVO. z. AufbringG. v. 21. Dez. 1926 (RGBl. II, 805) wieder aufgehoben.

(OLG. Königsberg, Beschl. v. 14. Nov. 1932, 3 W 281/32.)

Mitgeteilt von OLGR. Sieloff, Königsberg.

*

Stettin.

27. §§ 83 Ziff. 6, 100 Abs. 3, 167 Abs. 2 ZwVerstG. Enthält die Terminsbestimmung nicht die Aufforderung an die Schiffsgläubiger und die sonstigen Berechtigten, ihre Rechte anzumelden, ist der Zuschlag von Amts wegen zu versagen.

(OLG. Stettin, 1. ZivSen., Beschl. v. 25. März 1933, 1 W 128/33.)

Mitgeteilt von OLGR. Fischer, Stettin.

Dresden.

b) Strafsachen.

28. §§ 47, 246 StGB. Mittäterschaft bei Unterschlagung durch Verwertung fremder Sparkassenbücher. Ein Verwahrungsvertrag begründet die Rechtspflicht, der beabsichtigten Abhebung des fremden Sparguthabens durch den Mittäter entgegenzutreten.

Nach der herrschenden Rspr. vollzieht sich die Unterschlagung bei Benutzung fremder Sparkassenbücher zur Abhebung des Guthabens nicht in der Annahme und Verwendung des Geldes, sondern in der wirtschaftlichen Verwertung der Bücher, die in der Erhebung ihrer Einlagen liegt. Dadurch, daß die BeschwF. von der Unterschlagung des auf den Namen W. lautenden Sparkassenbuchs erst nachträglich erfuhr, wird ihre Beteiligung am zweiten Einzelakt der fortgesetzten Unterschlagung der beiden Mitangekl., der sich in der Abhebung von Geld auf das auf den Namen einer gewissen G. lautenden Sparkassenbuch vollzog, nicht ausgeschlossen. Zur Teilnahme am fortgesetzten Delikt ist die Mitwirkung bei allen Einzelakten nicht nötig. Diese Mitwirkung kann auch in einem Unterlassen liegen, nämlich dann, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln besteht. Die Strk. nimmt offensichtlich eine solche Rechtspflicht auf Grund des Verwahrungsvertrags an. Sie stellt weiter fest, die BeschwF. sei, als ihr der Mitangekl. J. das Sparkassenbuch der G. mit dem Ansinnen, selbst Geld abzuheben, angeboten habe, mit Leichtigkeit in der Lage gewesen, das Buch an sich zu bringen und dadurch eine Abhebung zu verhüten, sie habe dies aber, obwohl ihr die Abhebungsabsicht der beiden Mitangekl. bekannt gewesen sei, unterlassen; sie habe das ihre dazu tun wollen, um den Abhebungserfolg zu ihrem Teile mit herbeizuführen, und durch ihr Verhalten die Tat überhaupt erst ermöglicht. Auch das ist rechtlich nicht zu beanstanden. Insbes. ist die Verpflichtung der BeschwF., den nachteiligen Folgen der ohne ihr Wissen erfolgten Wegnahme der Bücher durch die Mitangekl. entgegenzutreten und die beabsichtigte Unterschlagung zu verhindern, unbedenklich aus dem Verwahrungsvertrag abzuleiten. Die zur Aufbewahrung begriffsmäßig gehörige Pflicht, die zur Bewahrung der Sache vor schädigenden Einflüssen erforderliche Obhut aufzuwenden, schließt die Verpflichtung in sich, die positiven Handlungen, die dem Verwahrer nach Treu und Glauben zuzumuten sind, vorzunehmen.

Dagegen unterliegt das Urt. insoweit Bedenken, als es annimmt, die Beteiligung der BeschwF. an der fortgesetzten Unterschlagung der Mitangekl. stelle sich als Mittäterschaft dar. Zum Tatbestand der Unterschlagung gehört, daß der Täter die fremde bewegliche Sache in seinem Gewahrsam hat. Eine Unterschlagung kann von demjenigen nicht begangen werden, der zur Zeit der Tat keinen eigenen Gewahrsam hat. Bei einer gemeinschaftlichen Unterschlagung ist daher erforderlich, daß die zu unterschlagende Sache im Mitgewahrsam aller Mittäter steht (vgl. RGSt. 53, 163; GoltdArch. 45, 431). In der rechtlichen Schlußfolgerung des angefochtenen Urt. wird zwar ausgesprochen, die BeschwF. habe das Paket mit Inhalt zur Zeit der Begehung der Tat in ihrem Besitze gehabt; diese Folgerung wird aber durch die vorher getroffenen tatsächlichen Feststellungen nicht zweifelsfrei getragen. Die BeschwF. hat danach zwar den Gewahrsam an den Sparkassenbüchern erlangt, ihn aber anscheinend wieder verloren, als die Mitangekl. die Sparkassenbücher an sich nahmen und bei sich liegen ließen. Sie hat auch nach den Feststellungen keinen Mitgewahrsam wieder erlangt, als sie mit den Mitangekl. nach dem F.platz ging. Auf diesem Wege führten die Mitangekl. zwar das Sparkassenbuch der G. bei sich. Ein Mitgewahrsam für die BeschwF. wurde aber dadurch allein nicht begründet.

In der neuen Hauptverhandlung wird, sofern Mitgewahrsam der BeschwF. nicht festzustellen ist, zu prüfen sein, ob die etwaige Förderung der von den Mitangekl. begangenen Tat durch die BeschwF. aus dem Gesichtspunkte einer nicht Mittäterschaft darstellenden Beteiligung an der Tat, insbes. der Beihilfe strafbar ist.

(OLG. Dresden, Urt. v. 23. Aug. 1932, 2 OSt 212/32.)

Mitgeteilt von GenStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

---

weisen, daß auf dem Grundstücke ein eigener Wirtschaftsbetrieb stattfinden müsse, indem man dazu gegensätzlich sich eine Anzahl einzelner Grundstücke vorstellte, deren Bewirtschaftung von einer anderen gemeinschaftlichen Stelle aus vorgenommen wird.

In der am 12. Jan. 1897 zusammengetretenen Reichstagskommission wurde von einer Seite beantragt, an Stelle des Wortes „Landgut", zu setzen: „landwirtschaftliche Grundstücke". Von einer anderen Seite wurde beantragt, nach dem Worte „Landgute" die Worte einzuschalten: „oder bei Beschlagnahme des gesamten unbeweglichen Vermögens einer Person".

Zur Begründung des ersteren Antrages wurde ausgeführt, daß das Vorrecht auch den Bediensteten auf kleinem und kleinstem landwirtschaftlichem Grundbesitz zugute kommen müsse, während das Wort „Landgut", welches die Vorlage brauche, hierüber Zweifel lasse.

Diese Begründung wurde von dem Antragsteller des zweiten Antrages unter Hinweis darauf bekämpft, daß bei stark parzelliertem Grundbesitz ZwVerst. von ganz kleinen Grundstücken für ganz minimale Forderungen vorkämen, bei denen dann schließlich noch mehr Grundstücke in das Verfahren hineingezogen werden müßten, nur um die privilegierten Forderungen zu befriedigen, möglicherweise ganz gegen das Interesse der Bediensteten, deren Verhältnis zu ihrem Arbeitgeber durch jene Subhastationen gar nicht berührt werde.

Bei der Abstimmung wurde der erste Antrag angenommen und hierdurch zugleich der zweite Antrag erledigt.

Die so zustande gekommene Fassung des § 10 Ziff. 2 ZwVerstG. läßt klar erkennen, daß der Liedlohn für die Bewirtschaftung gerade des zur ZwVerst. stehenden land- oder forstwirtschaftlichen Grundstückes oder im Betrieb eines mit diesem Grundstücke verbundenen land- oder forstwirtschaftlichen Nebengewerbes verdient sein muß. Gelangt nur eines von mehreren gemeinschaftlich bewirtschafteten land- oder forstwirtschaftlichen Grundstücken zur ZwVerst. und hat die Beschäftigung des Liedlohnempfängers auf allen diesen dem Schuldner gehörigen Grundstücken stattgefunden, so müssen die Liedlohnbeträge entsprechend und angemessen auf die einzelnen Grundstücke verteilt werden; nur in der auf diese Weise gefundenen Höhe kann der Liedlohn in der ZwVerst. des einen Grundstücks Berücksichtigung finden. Mehrere Liedlohnansprüche haben in der Klasse 2 des § 10 denselben Rang, nach § 10 Abs. 1 ZwVerstG. müssen sie mithin nach dem Verhältnis ihrer Beträge befriedigt werden.

Der Entsch. des OLG. Königsberg ist deshalb unbedenklich beizutreten. LGR. Dr. Fraeb, Hanau.

Landgerichte.

Berlin. **Zivilsachen.**

1. §§ 40, 274 Ziff. 3, 771, 802 ZPO. Einrede des Schiedsvertrages greift gegenüber einer Interventionsklage nicht durch. †)

Gegenüber der Interventionsklage greift die Einrede des Schiedsvertrages nicht durch. Die Vereinbarung, nach der alle Streitigkeiten aus dem Vergleich zwischen den an ihm Beteiligten durch ein SchiedsG. erledigt werden, ist für den vorl. Prozeß ohne Bedeutung. Zwar ist der Streit zwischen einem vollstreckenden Vergleichsgläubiger und dem widersprechenden Treuhänder eine Streitigkeit aus dem Vergleich auch dann noch, wenn nach Konkurseröffnung über das Vermögen des Schuldners der Vergleich hinfällig wird. Jedoch steht der Schiedsvertragseinrede die in § 802 i. Verb. m. § 40 Abs. 2 ZPO. bestimmte Ausschließlichkeit des Gerichtsstandes der Interventionsklage entgegen (Stein-Jonas, 14. Aufl., § 802). Die in § 802 bestimmte Ausschließlichkeit betrifft die örtliche und sachliche Zuständigkeit. Sie gilt gegenüber § 771 nur insoweit nicht, als es sich um die sachliche, allein vom Streitwert abhängige Zuständigkeit handelt (Stein-Jonas § 802; Kann § 802). Wenn die Parteien nach § 40 Abs. 2 ZPO. nicht einmal die Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts vereinbaren können, können sie die Zuständigkeit eines SchiedsG. erst recht nicht begründen.

(LG. I Berlin, 1. ZK., Urt. v. 9. Dez. 1932, 201 O 202/32.)

Mitgeteilt von GerAss. Dr. Seibert, Berlin.

*

2. § 29 DGKG. Die Gebühr ist zu ermäßigen, wenn durch eine Anzeige der Parteien eine Entscheidung in der Sache erspart wird. Allen Anzeigen solcher Art ist die Wirkung des § 29 DGKG. beizulegen.

Die Kammer vermag sich nicht der Ansicht anzuschließen, daß allein eine Klagezurücknahme i. S. des § 271 ZPO. zu einer Ermäßigung der Prozeßgebühr gem. § 29 DGKG. auf ¼ führen könne (so: Baumbach, DGKG., Anm. 2 zu § 29). Der Gesichtspunkt, daß die Gebühr zu ermäßigen sei, wenn dem Gericht durch eine Anzeige der Parteien eine Entsch. in der Sache erspart wird, führt dazu, allen Anzeigen solcher Art die Wirkung des § 29 DGKG. beizulegen. Dieser Ansicht hat auch das KG. in ständiger Rspr. Ausdruck gegeben (vgl. JW. 1931, 1844). Wenn es in dem erwähnten Beschl. die Ermäßigung aus § 29 DGKG. gleichwohl abgelehnt hat, so lag das daran, daß in dem dort vorl. Falle dem Gericht eine Entsch. gerade nicht erspart worden ist, weil die Parteien nach Erledigung der Hauptsache Kostenanträge gestellt haben. Anzeigen aber, die das Gericht sowohl einer Entsch. in der Hauptsache als auch einer solchen wegen der Kosten überheben, müssen der Klagerücknahme i. S. des § 29 DGKG. gleichgestellt werden (vgl. OLG. Stettin: JW. 1932, 120; Rittmann-Wenz Erl. 2; Friedlaender, Erl. 4 zu § 29 DGKG.). Es kommt hinzu, daß eine Klagerücknahme häufig der Inhalt eines (außergerichtlichen wie gerichtlichen) Vergleichs ist; die Anzeige des Vergleichs kann aber kostenrechtlich keine anderen Wirkungen haben, als die Rücknahme der Klage gem. dem Vergleich. Überdies ist eine Klagerücknahme i. S. des § 271 ZPO. vor Terminsanberaumung (§ 29 Abs. 1 DGKG.) nicht möglich, woraus allein schon folgt, daß der kostenrechtliche Begriff der Klagerücknahme ein weiterer ist, als der der ZPO. (OLG. Stettin a. a. O.).

(LG. III Berlin, 22. ZK., Beschl. v. 5. Mai 1933, 22 O 1190/33.)

Mitgeteilt von GerAss. Dr. Bull, Charlottenburg.

*

Dessau.

3. §§ 2065, 2074 ff., 2269, 2271 Abs. 2 BGB. Die in einem gemeinsamen Testament getroffene Bestimmung, daß der überlebende Ehegatte zu abändernden Bestimmungen befugt sein soll, ist als bedingte Einsetzung der gemeinsam benannten Erben wirksam. †)

Das Grundstück steht für die Eheleute J. je zur Hälfte im Grundbuch eingetragen. Beide haben i. J. 1921 in notarieller Form ein gemeinschaftl. Testament errichtet, worin sie sich gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt haben. Nach dem Tode des Letztlebenden sollte das, was von dem beiderseitigen Nachlaß noch übrig sein werde, ihren Kindern bzw. deren Abkömmlingen zu gleichen Teilen zufallen. Endlich sollte (§ 3) der Letztlebende berechtigt sein, abändernde Best. zu diesem Testament zu treffen. Nach dem Tode des Ehemanns J. hat seine Witwe im April 1932 in einem notariellen Testamente nur die Tochter E. und eine dem Familienverbande nicht angehörende Frau D. als Alleinerben zu gleichen Anteilen eingesetzt. Die Witwe J. ist im Juni 1932 verstorben. Beide Testamente sind eröffnet. Am 18. Aug. 1932 hat die Tochter E. das Grundstück an Frau D. aufgelassen. Das GBA. hat die Eintragung des Eigentumswechsels beanstandet, weil infolge der zweifelhaften Auslegung des Testamentes v. J. 1921 die Gültigkeit des Testamentes der Witwe J. sich nicht ohne weiteres ersehen lasse, und hat durch Zwischenverf. den Antragstellerinnen aufgegeben, die Erbfolge durch Beibringung eines Erbscheins nachzuweisen. Hiergegen richtet sich ihre zulässige Beschw. Sie ist begründet. Beruht die Erbfolge auf einer Verf. von Todes wegen, die in einer öffentlichen

---

Zu 1. Die Entsch. ist richtig in ihrem Ergebnis, dagegen m. E. nicht in ihrer Begründung. Die Unzulässigkeit des Schiedsverfahrens wird abgeleitet aus der Ausschließlichkeit des für die Widerspruchsklage angeordneten Gerichtsstandes (§ 771 Abs. 1 mit § 802 ZPO.). Dies ist nicht durchschlagend, wie schon die Tatsache beweist, daß es für Immobilienstreitigkeiten einen ausschließlichen Gerichtsstand gibt, was aber gewiß nicht hindert, die Entsch. einer solchen Streitigkeit durch ein SchiedsG. zu vereinbaren. Daß ferner z. B. für Namensprozesse die Vereinbarung einer sachlichen Zuständigkeit nicht statthaft wäre (§ 40 Abs. 2 ZPO.), hat nicht zur Folge, daß ein solcher Streit nicht zum Gegenstand eines Schiedsverfahrens gemacht werden könnte. Man muß sich darüber klar sein, daß die Frage, ob im Falle des Eingreifens der staatlichen Gerichtsbarkeit ein bestimmtes Gericht zum ausschließlichen gemacht wird, grundsätzlich nichts zu tun hat mit der Frage, ob durch eine Schiedsvereinbarung die staatliche Gerichtsbarkeit überhaupt, also auch die eines ausschließlich zuständigen, staatlichen Gerichtes, ausgeschaltet werden kann.

Dagegen ist die Entsch. in ihrem Ergebnis aus einem anderen Gesichtspunkt richtig, nämlich wegen der Natur der Widerspruchsklage (Vollstreckungsintervention). Das Ziel dieser Klage ist, die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung herbeizuführen, und zwar unmittelbar durch Richterspruch (nicht etwa durch eine Handlung des VollstrGläubigers, auf welche eine Leistungsklage, z. B. aus § 1004 BGB., erhoben wäre). Es ist aber nicht Sache eines SchiedsG. als einer privaten Stelle, die Unstatthaftigkeit eines staatlichen Aktes öffentlich-rechtlichen Charakters, wie dies die Zwangsvollstreckung ist, auszusprechen oder herbeizuführen.

Anders wäre es natürlich hinsichtlich der Frage, ob etwa der Bekl. (VollstrGläubiger) durch die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Kl. diesem zum Schadensersatz verpflichtet worden ist: hierüber könnte unbedenklich ein Schiedsvertrag geschlossen werden. Und Gleiches würde für eine Vereicherungsklage des Dritten gegen den VollstrGläubiger gelten. Endlich wäre dasselbe anzunehmen für eine Leistungsklage des Dritten, die darauf gegründet ist, daß sich der VollstrGläubiger dem Dritten gegenüber vertraglich verpflichtet hat, die Zwangsvollstreckung zu unterlassen oder wieder aufzuheben. Denn überall würde es sich nicht um die Aufhebung oder Unzulässigerklärung eines staatlichen Aktes durch das SchiedsG. handeln.

Geh. JR. Prof. Dr. W. Kisch, München.

Zu 3. Der Beschl. folgt dem heute als Dogma anerkannten Lehrsatz: in einem gemeinschaftlichen Testamente kann dem überlebenden Ehegatten als Vorerben die Befugnis erteilt werden, die Berufung des gemeinsam ernannten Nacherben durch eine letztwillige Verf. in Wegfall zu bringen. Der Nacherbe gilt dann als unter der auflösenden Bedingung eingesetzt, daß der Vorerbe nicht anders testamentarisch verfügt, wobei die Abänderung in der völligen Vereitelung oder in irgendwelcher Beschränkung der Nacherbfolge und schließlich auch in der Einsetzung eines andern Nacherben bestehen darf. Danach konnte es also rechtswirksam geschehen, daß die Ehefrau nach dem Tode ihres Mannes einseitig ein Testament errichtete, in dem sie von dem in dem korrespektiven Testamente eingesetzten gemeinsamen Abkömmlingen nur die Tochter als Erbin beließ, neben ihr eine familienfremde Frau als Miterbin zur Hälfte berief und die männlichen Abkömmlinge enterbte. Ein immerhin befremdendes Ergebnis, das zur näheren Betrachtung der rechtlichen Grundlagen auffordert.

Das gemeinschaftliche Testament bildet inhaltlich eine Einheit für die korrespektiven Verfügungen der beiden Erblasser. Wenn die Witwe als Vorerbin anders über die Erbfolge bestimmt, so ändert oder widerruft sie mit den ihrigen zugleich die letztwilligen Anordnungen, die ihr verstorbener Ehemann über seinen Nachlaß getroffen hat. Das scheint gegen § 2065 zu verstoßen, wonach der Erblasser nicht einem andern die Best. überlassen kann, ob die von ihm getroffene letztwillige Verf. gelten soll oder nicht. Wenn er sich nicht selbst zu einem fertigen und abschließenden Entschlusse durchringen kann, soll er das Testieren sein lassen; von seinem Willen und nicht von dem Willen eines andern soll das Schicksal des Nachlasses abhängen. Diesem Prinzip widerspricht es nicht, eine Verf. etwa dahin zuzulassen: falls der überlebende von uns sich wieder verheiratet, soll er den Kindern als Nacherben die Hälfte des Nachlasses herausgeben. Denn hier hängt zwar der Eintritt des bedingenden Ereignisses von der Willkür des andern Ehegatten ab, aber vom Willen des Erblassers wird entschieden, ob und welche Wirkung das vollzogene Ereignis für die Erbfolge haben soll. Hier handelt es sich um eine echte, zulässige Bedingung. Genau zu unterscheiden davon ist die „Scheinbedingung", bei der unmittelbar der Inhalt der Verf. von dem nackten Wollen des andern abhängig gemacht wird. Sie ist nach § 2065 unzulässig. Das ist auch der vielfach nicht genügend beachtete Sinn der guten Überlegungen in Prot. 5, 19. Nun mag man

Urkunde enthalten ist, so genügt es, wenn anstelle eines Erbscheins die Verf. und das Protokoll über ihre Eröffnung vorgelegt werden. Nur wenn das GBA. die Erbfolge durch diese Urkunden nicht für nachgewiesen erachtet, kann es Vorlegung eines Erbscheins verlangen (§ 36 GBO.). Nach dieser im Kosteninteresse getroffenen Best. hat das GBA. daher auch von sich aus die in Bezug genommene Verf. von Todes wegen auszulegen und nur, wenn es hierbei auf Unklarheiten oder Zweifel stößt, die sich nicht ohne weiteres beheben lassen, soll es Vorlegung eines Erbscheins verlangen. Der Vorderrichter findet nun offenbar darin Bedenken, daß die Witwe J. nach dem Tode ihres Ehemannes ein Testament errichtet hat, welches sich als Änderung des zuvor von ihr mit ihrem Ehemanne gemeinschaftlich verfaßten Testaments darstellt. Des näheren richten sich diese Bedenken dagegen, ob § 3 dieses gemeinschaftlichen Testamentes eine ausreichende und wohl auch eine gesetzlich zulässige Ermächtigung der Witwe zu einer solchen Abänderung enthalte. Diese Bedenken bestehen jedoch nicht zu Recht. Was zunächst den Zweifel hinsichtlich des Umfanges der Abänderungsermächtigung anbelangt („der Letztlebende ist berechtigt, abändernde Best. zu diesem Testamente zu treffen"), so ist dieser Fassung nicht zu entnehmen, daß das Recht der Abänderung, wie der Vorderrichter als möglich unterstellt, sich nur auf „Teilungsanordnungen oder weniger einschneidende Best." richten solle. Vielmehr steht nach der zunächst vorzunehmenden sprachlichen Auslegung nichts entgegen, diesen Satz einfacher dahin zu lesen, daß der Letztlebende berechtigt sein soll, das Testament abzuändern, also nach dem Tode des Erstversterbenden die Best. desselben, und zwar diejenigen, welche sich auf die Erbeinsetzung der Kinder beziehen, unter scheinbarer Abweichung von der gesetzlichen Regel (§ 2271 Abs. 2 BGB.) durch ein neues Testament ganz oder teilweise aufzuheben und durch anderweite Best. zu ersetzen. Damit erhebt sich aber die weitere Frage, ob eine solche Ermächtigung nicht gegen § 2271 Abs. 2 BGB., vor allem aber gegen § 2065 Abs. 1 BGB. verstößt, wonach der Erblasser eine letztwillige Verfügung nicht in der Weise treffen kann, daß ein anderer zu bestimmen hat, ob sie gelten oder nicht gelten soll. Auch ein solches Bedenken wäre indessen unbegründet. Die Einsetzung der Kinder auf das, was nach dem Tode des Letztlebenden noch übrig sein wird, stellt i. Verb. m. § 3 des Testaments eine nach §§ 2074 ff. BGB. nicht unzulässige bedingte Erbeinsetzung der Kinder, nämlich eine Erbeinsetzung unter der Bedingung dar, daß der zunächst als Alleinerbe des anderen Teils berufene Ehegatte nicht später in anderer Weise testiert und damit dessen Verfügung ändert. Nun hat der 4. ZivSen. des RG. in ständiger Rspr. (vgl. RG. 95, 278[1]) und die Übersicht: JW. 1925, 2122) in Übereinstimmung mit der überwiegenden Ansicht in der Rechtslehre es trotz § 2065 BGB. für zulässig erklärt — auch in einem gemeinschaftlichen Testament — einen Nacherben unter der Bedingung einzusetzen, daß der Vorerbe nicht anders über den Nachlaß von Todes wegen verfüge. Die gelegentliche, abweichende Ansicht desselben Sen.: RG. 79, 32 = JW. 1912, 590 ist erkennbar aufgegeben. Die Zulässigkeit einer solchen letztwilligen Verf. ergibt sich daraus, daß der Vorerbe hier nicht über das Vermögen des ersten Erblassers verfügt, sondern über sein eigenes Vermögen, in welchem das des ersten Erblassers enthalten ist (Kipp: JW. 1920, 286). Nicht anders steht es aber im vorl. Fall eines nach § 2269 BGB. errichteten gemeinschaftlichen Testamentes. Wenn hier dem Überlebenden das Recht gewährt wird, abändernde Best. zu treffen, so wird damit die Absicht verneint, die Kinder mit einer unentziehbaren Anwartschaft auf die Erbschaft des Zuerstverstorbenen auszustatten. „Von diesem Standpunkt aus würde das Recht der Mutter nicht zu bezweifeln sein, über ihr eigenes, inzwischen durch den Anfall der väterlichen Erbschaft vermehrtes Vermögen unter Widerruf ihrer früheren, im gemeinschaftlichen Testament getroffenen Verfügungen völlig frei zu verfügen" (so der Schluß von RG. 79, 32[2]), in der amtl. Samml. nicht abgedruckt). Auch die Rechtsgültigkeit der beiden Testamente, von denen sich dasjenige der Witwe J. v. J. 1932 auf die Ermächtigung in § 3 desjenigen v. J. 1921 gründet, unterliegt daher keinen rechtlichen Bedenken.

(LG. Dessau, Beschl. v. 28. Okt. 1932, 2 T 222/32.)

Mitgeteilt von LGR. Dr. Bibergeil, Dessau.

*

Dresden.

4. Ansprüche gegen Drittschuldner, die im Ausland wohnen, sind pfändbar. †)

Das BeschwG. geht von seiner bisherigen Rspr. ab, wonach

---

prüfen, zu welcher Kategorie der Bedingungen es gehört, wenn im Testamente steht: der Letztlebende soll berechtigt sein, abändernde Best. zu diesem Testament zu treffen, also nicht bloß über die eigenen Verf., sondern auch und gerade über die des verstorbenen Mittestators. Für die rechtliche Geltung tritt das RG. jetzt ständig ein; besonders in der eindringlichen Begründung: JW. 1925, 2122 und den dort zit. weiteren Urt. im Widerspruch mit dem sehr beachtenswerten Urt.: RG. 79, 33 = JW. 1912, 590.

Nach der Lehre des RG. kann das zunächst entstandene Nacherbenwartrecht der Kinder von der Witwe, solange sie lebt, nach freiem Belieben aufgehoben werden. Die Witwe wandelt damit ihr Vorerbenrecht in ein eigennütziges Vollrecht um; so RG. 95, 280 = JW. 1920, 286. Bis die Witwe durch Testament eine dementsprechende Verf. trifft, bleibt sie durch die angeordnete Nacherbfolge in ihrem Erbrecht beschränkt (RG.: JW. 1920, 286 und eingehender RG. 95, 286). Solch negative, vernichtende Kraft mag sich noch als die Wirkung einer eingefügten, auflösenden Bedingung rechtfertigen lassen. Wie aber dürfen wir mit ausreichender Überzeugung lehren, daß die von der Witwe getroffenen schöpferischen, positiven Verf., wie die Ernennung eines neuen, anderen, dem Ehemanne vielleicht ganz unbekannten oder unwillkommenen Nacherben an Stelle des ausgestoßenen auf dem Willen und der Vorstellung des Erblassers beruhe? Unbrauchbar ist die nackte Verf., daß eine testamentarische Erbfolge stattfinden soll, wenn nicht der Erblasser selbst bestimmt, wer als „Erbe" berufen sein soll. Der Testator kann nicht die Auswahl der zu Berufenden in das Belieben seiner Witwe stellen, weil sonst diese und nicht er die Erbennachfolge gestaltet. Die „Bedingung" ist heute zwar ein Universalhilfsmittel, aber im vorl. Falle ist sie nicht allmächtig.

Der rettende Gedanke wird in dem Satze gefunden, daß „in solchem Falle der Vorerbe, wenn er anders verfügt, nicht über das Vermögen des Erblassers, was ihm dieser allerdings nicht ermöglichen könnte, sondern über sein eigenes Vermögen verfügt, in dem das des Erblassers bereits enthalten ist". Dem RG.: JW. 1925, 2122 erscheint diese vielbenutzte These als so selbstverständlich überzeugend, daß „auf sie kaum noch ausdrücklich hingewiesen zu werden braucht". Und doch verführt sie durch ihre mehrdeutige Fassung dazu, daß die Rechtslage in einem unklaren Zwielicht bleibt. Soll dieses zerstreut und die ganze Angelegenheit auf eine sichere einfache Basis gebracht werden, so muß endlich scharf geschieden werden zwischen dem Berliner Testament mit Nacherbenfolge und dem Testamente nach § 2269 BGB. Es geht nicht an, daß man auch dieses (wie selbst noch im RGR-Komm. § 2269 A. 1) als sog. Berliner Testament kennzeichnet. Ob man es als das gemeinrechtliche (so RG. 27, 148) oder das deutsche (so Endemann, Lehrbuch Bd. 3 § 63 Nr. IV) gemeinschaftliche Testament benennt, ist gleichgültig; aber ohne feste Terminologie läßt sich keine begriffliche Klarheit erringen. Das wirkt sich ganz besonders aus für „den vorl. Fall"; d. h. es handelt sich eben um zwei Fälle. Richtig gesehen bedeutet das Testament, daß die Erbnachfolge sich in zwei Stadien entwickeln kann, die nicht miteinander vermengt werden dürfen.

1. Erstes notwendiges Stadium. Mit dem Erbfall ist die Witwe Vorerbin geworden. Sie hat den Nachlaß als ihr eigenes Vermögen, aber als ein durch die angeordnete Nacherbfolge abgeschichtet bleibendes Sondergut (RG. 95, 280 = JW. 1920, 286), das auf den Nacherben als Vermögen des Erblassers und gerade nicht als ein von der Vorerbin stammendes und mit deren Vermögen vermischtes Erbgut übergeht. Ebenso unzuverlässig ist die angeregte Idee, daß die Witwe als Vorerbin über die verbundenen Vermögensmassen „verfügen" dürfte. Unter Lebenden ist das ihr gestattet. Soweit aber ein Überrest bei ihrem Tode noch da ist, gehört dieser unweigerlich dem Nacherben; auch die befreite Vorerbin hat nicht das Recht, und kann nicht ermächtigt werden, hierüber von Todes wegen zu verfügen. —

2. Das zweite eventuelle (nicht bedingte!) Stadium wird geschaffen durch das rechtsgestaltende Testament der Witwe mit der dezisiven Verordnung: von jetzt an hört die Nacherbenfolge auf; ich bin nicht mehr Vorerbin, sondern Vollerbin gem. § 2269. Bei dieser Rechtslage kann die Witwe über ihr einheitliches Vermögen testieren, wie sie will. Zweifel wegen des § 2065 können nicht auftauchen. Zugleich ist die Bindung aus dem korrespektiven Charakter des ursprünglichen Testamentes der Ehegatten beseitigt; der Witwe ist gestattet worden, auch ihre eigenen Verfügungen zu widerrufen, obgleich sie die Erbschaft angetreten hat (RG.: JW. 1925, 2122).

Der vorl. Beschl. setzt treffend ein mit der Prüfung, wie das Testament zu verstehen sei. Mit der Entsch., daß ein deutsches Testament nach § 2269 vorliege, hätte der Rechtsfall erledigt sein können. Die Umwege nebst der Entgleisung in die Rechtsgestalt des Berliner Testamentes ließen sich vielleicht nicht vermeiden, weil die bisher herrschende Lehre Beachtung forderte. Deshalb mußte auch diese Besprechung weiter ausgreifen, statt sich mit folgenden Sätzen zu begnügen. Das gemeinschaftliche Testament kann eine Erbfolge mit doppeltem Boden schaffen: neben die primär angeordnete Nacherbenfolge eine eventuelle Vollerbenfolge des überlebenden Ehegatten nach § 2269 stellen. Die Ausübung des rechtsgestaltenden Wahlrechtes erfolgt durch eine letztwillige Verf. des überlebenden Mittestators. Dieser erlangt damit die unbeschränkte freie Verfügung über den mit dem Eigenvermögen verschmolzenen Nachlaß.

Geh. Rat Prof. Dr. Endemann, Heidelberg.

Zu 4. Das LG. hat folgende Frage entschieden: Hat der Vollstreckungsschuldner seinen Wohnsitz im Inland (diese Tatsache ergibt sich aus dem hier nicht abgedruckten Kopf des Beschl.),

[1]) JW. 1920, 286. [2]) JW. 1912, 590.

die Pfändung und Überweisung einer Forderung unzulässig sei, wenn der Drittschuldner im Auslande wohne.

Gegen die Zulässigkeit liegen folgende Meinungen vor: Stein führt in Anm. I 3 zu § 829 ZPO. aus, es könne einem unbeteiligten Dritten nicht eine Handlung verboten werden, die er nach ausländischem Rechte vorzunehmen verpflichtet sei. Die Vollstreckung in eine solche Forderung habe vielmehr durch das ausländische Gericht, gegebenenfalls auf Ersuchen des deutschen Gerichts (§ 791 ZPO.) zu erfolgen.

Das KG.: JW. 1929, 2360[1] äußert sich dahin: Da nach § 23 ZPO., der insofern einen allgemeinen Rechtsgedanken ausspreche, für die Zuständigkeit bei Forderungen der Wohnsitz des Schuldners als Ort des Vermögensitzes gelte, so richte sich der Pfändungsbeschl. nicht nur gegen eine im Auslande wohnhafte Person, sondern auch gegen im Auslande befindliches Vermögen und stelle deshalb einen völkerrechtlich unzulässigen Eingriff in fremde Staatshoheit dar. Das KG. nimmt hierbei Bezug auf RG. 77, 252. Diese Entsch. betrifft folgenden Fall: Ein in Deutschland wohnhafter Gläubiger hat einen im Ausland wohnhaften Schuldner, der seinerseits in Deutschland einen Schuldner hat. Das RG. bejaht mit folgenden Ausführungen die Zulässigkeit der Pfändung: Ob ein Vermögensgegenstand dem Zugriffe durch deutsche Vollstreckung zugänglich sei, hänge davon ab, ob er sich im Bereiche der deutschen Gerichtsbarkeit befinde. Bestehe der Vermögensgegenstand in einer Forderung, so sei er als dort befindlich anzusehen, wo der Drittschuldner seinen Wohnsitz habe. Das gelte auch für Forderungen von Ausländern gegen Deutsche. Jedenfalls sei dies die im deutschen Rechte gem. § 23 Satz 2 ZPO. festgelegte deutsche Auffassung des internationalen Zivilrechts, die keinen Unterschied mache zwischen ausländischen und inländischen Gläubigern und auch in § 2369 Abs. 2 BBG. zum Ausdruck komme. Dieser Fall wies noch eine besondere Gestaltung auf: Das Ausland (Portugal) hatte die deutsche Pfändung nicht anerkannt, auf die Klage des Ausländers den in Deutschland wohnhaften Drittschuldner zugunsten des Ausländers, nicht etwa des deutschen Pfändungspfandgläubigers, verurteilt, und es hatte der Ausländer sich aus Vermögen befriedigt, das der in Deutschland wohnhafte Drittschuldner im Ausland hatte. Das RG. bemerkt hierzu, daß dieses nach deutscher Auffassung unzulässige Verhalten die Stellung des deutschen Pfändungspfandgläubigers nicht berühre, so daß der in einer zweimaligen Leistungspflicht bestehende Nachteil zu Lasten des in Deutschland wohnhaften Drittschuldners gehe.

Bejaht wird die Zulässigkeit der Forderungspfändung, auch wenn der Drittschuldner im Auslande wohnt, durch RG. 22, 404 ff.: Jede Forderung habe ihre aktive und ihre passive Seite, und die ZPO. weise bei der Zwangsvollstreckung in Forderungen die Vollstreckung demjenigen AG. zu, dem die Forderungen nach ihrer aktiven Seite angehören. Es sei beispielsweise undenkbar, die Pfändung einer Forderung auf Auflassung eines deutschen Grundstücks deshalb abzulehnen, weil der Drittschuldner im Auslande wohne.

Eine Mittelmeinung vertritt das OLG. Karlsruhe: JW. 1932, 667[13], unter Bezugnahme auf Stein-Jonas, 14. Aufl., Anm. I 3 zu § 829 ZPO.: Der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß sei zulässig. Um seine Zustellung könne jedoch eine ausländische Behörde nicht ersucht werden. Denn das wäre ein unzulässiger Eingriff in fremde Gebietshoheit. Materielle Wirkungen könne der Beschl. nur durch eine in Deutschland an den Drittschuldner erfolgende Zustellung äußern, beispielsweise wenn dieser Grundstücksvermögen in Deutschland habe und sich deshalb immer wieder zeitweise auf deutschem Boden einfinde oder in Deutschland einen Zustellungsempfänger aufstelle.

Dieser Auffassung folgt die SächsVO. über den Rechtshilfeverkehr mit dem Auslande in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten v. 30. April 1932 JMBl. 32 Nr. 4 (S. 17 ff.) in § 26 Ziff. 7 b (S. 29): Ersuchen um Zustellung im Auslande sind unzulässig, wenn es sich handelt um Anträge auf Zustellung von Pfändungs- und Überweisungsbeschl. an Drittschuldner im Auslande, soweit die Prüfung ergibt, daß die Beschl. sich gegen ausländisches, nicht der deutschen Zwangsgewalt unterworfene Vermögen richten und demnach die Durchführung des deutschen Gerichtsaktes einen Eingriff in ausländische Hoheitsrechte darstellen würde.

Das BeschwG. schließt sich der Mittelmeinung an, im einzelnen mit den nachfolgenden Erwägungen:

Es lehnt die Auffassung ab, daß die Forderung gegen einen ausländischen Drittschuldner ausschließlich als dem deutschen Staate fremdes Vermögen anzusehen und schon der bloße Erlaß des Beschl. durch ein deutsches Gericht als Eingriff in fremde Staatshoheit unzulässig sei:

Der Wohnsitz des Drittschuldners allein bedeutet nicht zugleich den Sitz von Vermögen des Schuldners. Denn die Person des Drittschuldners muß nicht mit Vermögen verbunden sein; es gibt auch nicht eine persönliche Schuldhaft als allenthalben geltende Einrichtung. Vermögen wegen einer Forderung hat der Gläubiger vielmehr entweder am Erfüllungsorte oder dort, wo infolge vorhandenen Vermögens seines Schuldners, d. h. hier des Drittschuldners, für ihn eine Befriedigungsmöglichkeit gegeben ist.

Selbst wenn aber gerade auf die Person und ihren Sitz abgestellt würde, ist nicht ersichtlich, warum nur auf die des Drittschuldners, vielleicht gar in einem Falle, wo dieser im Auslande wohnt, nach internationalem Rechte aber Erfüllung der Forderung in Deutschland zu erfolgen hat und auch nur in Deutschland eine Befriedigungsmöglichkeit gegeben ist. Gem. § 829 ZPO. soll auch dem Schuldner ein Gebot zugestellt werden. In dieser Richtung liegt die Bemerkung RG. 22, 407: Jede Forderung hat ihre aktive und ihre passive Seite. Gerade die passive Seite muß nicht entscheidend sein.

Die Gegenmeinung widerlegt sich selbst: Sie trägt, zur Vermeidung eines angeblichen deutschen Übergriffs, dagegen keine Bedenken, daß die ausländischen Vollstreckungsorgane durch die Vornahme der Pfändung der einem in Deutschland wohnhaften Gläubiger gegen einen Ausländer zustehenden Forderung in die positive Verfügungsmacht des Gläubigers eingreifen. Dieser Verlust wiegt viel schwerer als für den Drittschuldner der bloße Wechsel in der Person des Einziehungsberechtigten. Wird der Gegenmeinung bis zur letzten Folgerung nachgegangen, so entfällt überhaupt eine Vollstreckungsmöglichkeit.

Die vom KG. angeführte Entsch. RG. 77, 252[1]), steht dieser Auffassung nicht entgegen. Sie wendet sich auch nicht gegen die Entsch. RG. 22, 407. Sie gründet den Satz, wonach maßgeblich

---

so ist die Pfändung einer Forderung zulässig, die er gegen einen im Ausland wohnenden Drittschuldner hat. Außerdem drückt das LG. seine Meinung aus, dieser Beschl. dürfe nur im Inland zugestellt werden, z. B. wenn sich der Drittschuldner zufällig hier aufhalte. Diese Frage bildet aber nicht einen Entscheidungsgegenstand.

Im Ergebnis dürfte dem eigentlichen Entscheidungssatz zuzustimmen sein. Dagegen können gegenüber der Begr. einige Bedenken nicht unterdrückt werden. Sie setzt sich ziemlich ausführlich mit den Entsch. RG. 22, 406 und 77, 252 auseinander und behauptet, daß zwischen diesen Entsch. kein Widerspruch bestehe. Das ist richtig, aber nicht in dem Sinn, den die Begr. diesen Urt. beimißt, sondern nur dann, wenn man den entschiedenen Satz in beiden Fällen mit der Strenge bestimmt, mit der ich den Entscheidungssatz dieses Beschl. selbst zu definieren versuchte. Dann sagt RG. 22, 406 nämlich nur: Ist der inländische Pfändungsbeschl. dem ausländischen Drittschuldner öffentlich zugestellt worden, so ist die Pfändung nicht wirksam geworden. Ob die Pfändung schon deshalb unwirksam ist, weil der Drittschuldner seinen Wohnsitz im Ausland hat, bleibt dahingestellt. Würde diese Frage bejaht worden sein, so hätte diese Entsch. nicht anders ausfallen können. RG. 77, 252 sagt: Wenn der Drittschuldner in Deutschland seinen Wohnsitz hat, so ist die Pfändung durch ein deutsches Gericht zulässig. Es ist gleichgültig, daß der deutsche Drittschuldner nach der deutschen Arrestpfändung im Ausland zur Zahlung an den Vollstreckungsschuldner gezwungen worden ist. Hier wird also über die Frage, ob eine im Ausland „belegene" Forderung gepfändet werden kann, überhaupt nichts gesagt, sondern nur die Zulässigkeit der Pfändung der im Inland belegenen Forderung bejaht. Daß das deutsche Gericht sich weigert, die im Ausland erzwungene Erfüllung der Forderung zu berücksichtigen, lag nahe, da anscheinend die ausländische Klagerhebung nach der inländischen Pfändung erfolgte und das ausländische Gericht somit die deutsche Pfändung seinerseits nicht beachtet hatte.

Auffallend ist, daß der landgerichtliche Beschl. abgesehen von einem Zitat aus Stein-Jonas, keinerlei Bezug auf die Literatur nimmt, obwohl sie sich doch schon häufig mit den zur Entsch. stehenden Problemen beschäftigt hat. Allerdings hat sie wenigstens m. E. das Hauptproblem noch nicht in voller Grundsätzlichkeit aufgeworfen. Es lautet: Gibt es auch für die Vollstreckung eine „internationale Zuständigkeit", ebenso wie für das Erkenntnisverfahren, für das sich dieser Begriff allmählich durchsetzen dürfte (vgl. Neuner, Internat. Zuständigkeit, Mannheim 1929)? Wenn ja, auf Grund welcher Elemente ist sie begründet? M. E. hängt auch die Zulässigkeit der Vollstreckung ebenso wie die des Erkenntnisverfahrens von der internationalen Zuständigkeit des Gerichts bzw. gerichtlichen Organs ab. Und zwar muß sie aus der Kombination zweier Elemente abgeleitet werden; aus der Vorstellung, daß die Zwangsvollstreckung einen Zwang gegen den Schuldner bedeutet und daraus, daß sie u. U. in eine Zwangshandlung gegen ein bestimmtes Objekt ausmündet. An dieser Stelle kann auf die Kombination der beiden Elemente nicht näher eingegangen werden, es müssen einige Andeutungen genügen. Wenn der Vollstreckungsschuldner auf Grund seines inländischen Wohnsitzes der inländischen Vollstreckungsgewalt unterworfen ist, so liegt es nahe, sein ganzes Vermögen, wo auch immer es gelegen ist,

[1]) JW. 1912, 80.

der Wohnsitz des Drittschuldners sei, auf § 23 ZPO. Jedoch ergibt § 23 Satz 1 ZPO., daß diese Best. nur abstellt auf eine „Klage" und auf eine „Person, die im Deutschen Reiche keinen Wohnsitz hat". Diese Best. der ZPO. ändert nichts an dem nach internationalem Rechte zu beurteilenden Erfüllungsort und der nach internationalem Rechte zu beurteilenden Zuständigkeit. Sie will nur vermeiden, daß trotz vorhandenen Inlandsvermögens eine Klage und schließlich Vollstreckung unmöglich ist. Das ist nicht, wie RG. 77, 732 sich ausdrückt, „die deutsche Auffassung des internationalen Rechts", sondern eine unter Verwendung der staatlichen Macht getroffene Zweckmäßigkeitsbest. Wo die deutsche Macht versagt, nützt auch die „deutsche Auffassung des internationalen Rechts" nichts; das zeigt gerade der aus RG. 77 wiedergegebene Tatbestand. Nur die Formulierung in RG. 77 und 22 geht demnach auseinander. Tatsächlich weist RG. 77 auf nichts anderes hin als RG. 22: Forderungen haben zwei Seiten. — Die scheinbare Gegensätzlichkeit beruht auf der Verschiedenheit der Fälle.

Daß die Äußerung des KG., § 23 ZPO. enthalte einen allgemeinen Rechtsgedanken, unzutreffend ist, ergibt sich schon aus § 238 KO.: Diese geht, ohne ausdrückliche Best., davon aus, daß grundsätzlich der Konkursbeschlag auch das im Auslande befindliche Vermögen umfaßt, also auch Forderungen des deutschen Gemeinschuldners gegen einen Ausländer. Die ZPO. enthält ebenfalls keine Best. Als allgemeiner Gedanke des deutschen Rechtes ist daher, gerade entgegen der Meinung des KG., die Bejahung der Zulässigkeit des Erlasses des Pfändungs- und Überweisungsbeschl. festzustellen.

Im Einklang hiermit steht der Inhalt des Beschl. im Hinblick auf den Drittschuldner, wie er sich nach deutschem Rechte ergibt: Zwar schreibt § 829 Abs. 1 ZPO. ein dem Drittschuldner gegenüber auszusprechendes „Verbieten" vor. Aber ein Verbieten schlechthin erfolgt nicht. Leistet der Drittschuldner trotz der Pfändung, so erlischt die Forderung, nur nicht mit Wirkung gegenüber dem Pfändungspfandgläubiger. Der Inhalt dieses Verbotes ist gekennzeichnet durch §§ 803, 804 ZPO., die sich in den allgemeinen Best. des Titels „Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in das bewegliche Vermögen" finden, also auch für die Forderungspfändung geltend: Die Vollstreckung erfolgt durch Pfändung, und durch die Pfändung erwirkt der Gläubiger ein Pfandrecht am gepfändeten Gegenstand. Infolgedessen liegt Vollstreckung und Hoheitsakt nur gegen den Schuldner vor, in dessen positive Verfügungsmacht eingegriffen wird, und die Zustellung an den im Auslande befindlichen Drittschuldner ist nur ein technischer Vorgang, der Voraussetzung für die Wirksamkeit eines gegen den in Deutschland befindlichen Schuldner wirkenden Hoheitsaktes ist. Daß das Gesetz sich nicht auf den Ausspruch der Pfändung und eine Zustellung an den Erstschuldner beschränkt, sondern ein Verbot an den Drittschuldner vorschreibt, beruht im wesentlichen auf der Zweckmäßigkeitserwägung, daß gleichzeitig mit der Verfügungsbeschränkung der gute Glaube des Drittschuldners an die Verfügungsmacht des Schuldners zerstört werden soll. Daran, daß materiell nur ein Pfandrecht besteht, ein weiterer rechtlicher Inhalt sich aber nicht ergibt, wird durch dieses Verbot nichts geändert. Wenn die herrschende Rspr. es als wesentlich für die Pfändung annimmt, den bloßen Pfändungsausspruch gegenüber dem Drittschuldner nicht genügen läßt, so deshalb, weil das der formellen Natur des Vollstreckungsrechtes entspricht. Ob die danach zulässige Veränderung in der Person des Gläubigers im einzelnen Falle nach internationalem Rechte anerkannt wird, wie im besonderen ausländische Gerichte sich zu ihr verhalten, ist nicht eine Frage der vollstreckungsmäßigen Zulässigkeit, sondern der materiellen Wirksamkeit. Diese Frage ist in gleicher Weise gegeben, wenn die Veränderungen auf der Gläubigerseite durch eine rechtsgeschäftliche Abtretung oder Verpfändung geschehen. Sie kann sich, wie in RG. 77, zuspitzen auf den Gesichtspunkt, ob Schuldner, Drittschuldner oder Gläubiger die Folgen des Auseinandergehens der Auffassung der Gerichte verschiedener Staaten zu tragen haben.

Diesen materiellrechtlichen Gesichtspunkten schon beim Erlaß des Beschl. Rechnung zu tragen, liegt kein Anlaß vor. Gepfändet wird die „angebliche" Forderung. Dem entspricht, daß das Vollstreckungsgericht, wenn sich nach deutschem Rechte aus § 851 Abs. 1 ZPO. keine Bedenken gegen die Pfändung ergeben, unerörtert läßt die Frage des internationalen Rechts, ob der Drittschuldner eine solche Veränderung auf der Gläubigerseite nach dem für die betr. Forderung maßgeblichen Rechte gegen sich gelten lassen muß. Das weitere Verfahren der ZPO. paßt sich dem an: Dem Pfandgläubiger bleibt alles weitere überlassen, beginnend mit der rechtswirksamen Zustellung an den Drittschuldner.

Bzgl. dieser Zustellung allerdings bekennt sich das BeschwG. wiederum zur Mittelmeinung: Oben ist der Vollstreckungstatbestand nach dem Inhalte gewürdigt, den ihm das deutsche Recht gibt. International, im besonderen von seiten des anderen Staats gesehen, bleibt die Tatsache bestehen, daß dem Wortlaute nach ein Verbot erfolgt. Es ist damit zu rechnen, daß die Behörden des anderen Staates schon deshalb dem deutschen Beschl. die Wirkung versagen. Denn den Verbotsausspruch werden sie schon wegen seines bloß tatsächlichen Inhalts nicht anerkennen; zur Prüfung der sich aus ihm ergebenden Rechtsverhältnisse kommt es gar nicht; die deutschrechtliche Inhaltsermittlung im besonderen wird unbeachtet bleiben. Deshalb erscheint es zweckmäßig, die Zustellung als wirksam nur zuzulassen, wie in der erwähnten SächsVO. vorgesehen.

(LG. Dresden, Beschl. v. 16. Jan. 1933, 12 BC 2315/32.)

Mitgeteilt von RA. Reichenbach, Dresden.

*

Göttingen.

5. §§ 490 ff. BGB. In der Zusage des Kalbens bis zu einem bestimmten Zeitpunkt liegt die Vereinbarung einer Gewährfrist. †)

Der vom Kl. erhobene Schadensersatzanspruch wegen verspäteten

---

der inländischen Vollstreckung zu unterwerfen. Die Begr. unseres Beschl. verweist hier sehr richtig auf § 238 KO. Nur solche Vollstreckungsakte sind unzulässig, die einen unmittelbaren Eingriff in eine ausländische Gebietshoheit bedeuten würden, z. B. die Pfändung einer im Ausland liegenden Sache. Dazu gehört nicht die Erlassung des Beschl. der Pfändung einer Forderung. Ob ein solcher Beschl. im Ausland zugestellt werden kann, ist eine zweite Frage. Man kann jedenfalls nicht sagen, daß die Zustellung deshalb einen Eingriff in die Gebietshoheit bedeutet, weil sich an sie Rechtswirkungen knüpfen; denn sonst wäre die Zustellung einer Klage auch ein solcher Eingriff. Und selbst wenn man aus irgendeinem anderen Grund in der Zustellung des Pfändungsbeschl. einen Hoheitsakt sehen wollte, so sollte man doch vernünftigerweise den ausländischen Staat selbst darüber entscheiden lassen, ob er aus diesem Grunde die Zustellung verweigern will oder nicht (ebenso Rosenbaum, Die Zwangsvollstreckung in Forderungen im internat. Verkehr, Mannheim 1930 S. 51). Verweigert er die Rechtshilfe, so ist es wieder eine andere Frage, ob dem Drittschuldner, wenn er sich vorübergehend im Inland aufhält, wirksam zugestellt werden kann; diese Frage möchte ich verneinen (gleicher Ansicht Nußbaum, Internat. Privatrecht S. 418 Anm. 6, der aber ebenso wie Reichel: ArchZivPr. 131, 298 nur die im Inland belegene Forderung für pfändbar hält, aber doch die Erlassung des Pfändungsbeschl. bei ausländischem Wohnsitz des Drittschuldners für zulässig erklärt). Jedenfalls deutet die Entsch. RG. 22, 406 darauf hin, daß für die Zustellung des Pfändungsbeschl. an den Drittschuldner besondere Erfordernisse aufzustellen sind.

Ist der Vollstreckungsschuldner nicht generell kraft Wohnsitzes der deutschen Vollstreckungsgewalt unterworfen, so erstreckt sich die internationale Zuständigkeit zur Vollstreckung wohl nur auf die im Inland belegenen Gegenstände. In einem solchen Fall dürfte die Pfändung einer Forderung, deren Schuldner im Ausland wohnt, nicht zulässig sein. § 828 II ZPO. regelt die örtliche Zuständigkeit und darf m. E. nicht ohne weiteres zur Begr. der internationalen Zuständigkeit herangezogen werden, obwohl entsprechendes im Erkenntnisverfahren üblich ist.

Ein ganz selbständiges Problem ist die Frage nach der materiellen Wirksamkeit der Pfändung. Die Begr. deutet die Verschiedenheit der Fragen an, ohne sie ganz scharf zu erfassen. Die Bejahung der Zulässigkeit der Pfändung bedeutet nicht die Bejahung ihrer Wirksamkeit. Es kann ja auch eine nur scheinbar existierende Forderung gepfändet werden. Nur soviel ist richtig: Wenn die Pfändung zulässig ist, so ist die Pfändung nicht aus dem Grunde der Unzulässigkeit unwirksam; aber andere Unwirksamkeitsgründe bleiben aufrechterhalten, z. B. daß die Forderung, bevor sie im Inland gepfändet wurde, schon im Ausland einer Pfändung unterlag. Eine ausländische Pfändung ist von uns unter bestimmten Voraussetzungen anzuerkennen, selbst dann, wenn auch die Pfändung im Inland möglich wäre. Denn Bejahung der inländischen Zuständigkeit bedeutet nicht zugleich Verneinung der ausländischen. Beide Zuständigkeiten können konkurrieren. Unter welchen Voraussetzungen ein ausländischer Vollstreckungsakt anzuerkennen ist, kann hier nicht geprüft werden. Aber es erscheint mir sogar als denkbar auf Grund des materiellen Rechts den Umstand zu berücksichtigen, daß der Drittschuldner im Ausland zur Zahlung gezwungen worden ist, selbst dann, wenn wir das ausländische Urt. und die ausländische Vollstreckung nicht anerkennen. RG. 77, 252 ist hier m. E. zu rigoros und berücksichtigt zu wenig die Interessen des Drittschuldners, dem man als unbeteiligten Dritten sicher am letzten den Schaden auferlegen darf.

Prof. Dr. Robert Neuner, Prag.

Zu 5. Das Urt. zeigt die Verwirrung, welche auf dem Gebiet der Kalbgewährschaft noch immer herrscht. Zutreffend geht das Urt. davon aus, daß bei Gewährschaft für Kalben bis zu einem bestimmten Tag die sechswöchige Verjährungsfrist erst von da ab zu laufen beginnt.

Unhaltbar ist jedoch die Ansicht, daß durch Gewährleistung für

Kalbens der Kühe ist verwirkt. Allerdings war dieser Anspruch bei Klagerhebung noch nicht verjährt. Es ist davon auszugehen, daß in der Zusage des Bekl., „sämtliche Kühe würden bis zum 20. Febr. 1932 gekalbt haben", die Zusicherung einer Eigenschaft zu erblicken ist, nämlich die Zusicherung der Trächtigkeit mit einem bestimmten Endtermin. Sie enthält aber gleichzeitig die Vereinbarung einer Gewährfrist (vgl. RGRKomm. Bem. 3 zu § 492; Stölzle, Viehkauf S. 368 ff.). Es handelt sich hier um die Zusicherung einer Eigenschaft, deren Fehlen nicht innerhalb der kurzfristigen Verjährungsfrist erkannt werden kann. Erst mit dem Ablaufe des vereinbarten Zeitpunktes konnte unter normalen Umständen mit Sicherheit festgestellt werden, ob die Kühe bis zu dem zugesicherten Termin gekalbt haben würden. Es muß daher als übereinstimmender Wille der Parteien angesehen werden, daß die Verjährung erst von diesem Zeitpunkt ab zu laufen beginnen sollte. Bei der Vereinbarung einer Gewährfrist ist daher die Verjährungsfrist von dem Ablauf der Gewährfrist ab zu berechnen (§ 490 BGB.). Sie begann danach mit dem 21. Febr. 1932 und war zur Zeit der Klagerhebung noch nicht abgelaufen, so daß der Schadensersatzanspruch noch nicht verjährt war. Seine Geltendmachung scheitert jedoch daran, daß der Kl. nicht rechtzeitig innerhalb der im § 485 BGB. gesetzten Frist das Überstehen der Kühe Nr. 37, 38 und 39 angezeigt hat. Nach § 492 BGB. findet bei Zusicherung einer Eigenschaft des verkauften Tieres § 485 BGB. entsprechende Anwendung, wenn eine Gewährfrist vereinbart ist. Der Kl. war daher verpflichtet, dem Bekl. innerhalb zweier Tage mitzuteilen, daß die bezeichneten drei Kühe nicht bis zum vereinbarten Termine gekalbt hätten. Eine solche Anzeige oder eine ihr gleichstehende Rechtshandlung ist innerhalb der zweitägigen Frist jedoch nicht erfolgt. Zwar hat der Kl. sich mit dem Bekl. wegen der bezeichneten Kühe in Verbindung gesetzt. Die Beanstandung der Kühe, wegen deren verspäteten Kalbens der Kl. Schadensersatz begehrt, ist aber vor Eintritt des Endtermins erfolgt, also bevor das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft erst mit Sicherheit sich zeigen konnte, und zwar fürsorglich für den Fall, daß die Kühe nicht bis zum 20. Febr. 1932 kalbten. Eine derartige Anzeige ist nicht ordnungsgemäß und daher ohne Wirkung. Sie konnte erst erfolgen und mußte erfolgen, sobald das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft positiv feststand. Von da ab läuft die Frist des § 485 BGB. Könnte sie in bedingter Form geschehen, würde die Vorschr. des § 485 BGB. praktisch keine Bedeutung haben. Ihre Bedeutung besteht aber darin, daß dem Verkäufer auf diese Weise die Möglichkeit und Gelegenheit gegeben werden soll, sich selbst von der Richtigkeit der Anzeige zu überzeugen. Der Kl. hat daher dadurch, daß er dem Bekl. den Mangel, daß die drei Kühe nicht zu dem vereinbarten Zeitpunkt gekalbt hätten, nicht rechtzeitig angezeigt hat, sein Recht auf Schadensersatz wegen Fehlens der zugesicherten Eigenschaft verwirkt.

(LG. Göttingen, 1. ZK., Urt. v. 22. Febr. 1933, 1 S 437/32.)

*

Kalben bis zu einem bestimmten Tag eine Gewährfrist vereinbart sei, die mit diesem Tage ende. Das Wesen der gesetzlichen oder vereinbarten Gewährfrist besteht begriffgemäß darin, daß sich innerhalb eines bestimmt begrenzten Zeitraums der Mangel zeigen muß, andernfalls er vom Verkäufer nicht zu vertreten ist (§ 482 BGB.) und daß, wenn sich der Mangel innerhalb der Frist zeigt, die widerlegbare Vermutung begründet ist, daß der Mangel schon zur Zeit der Übergabe vorhanden war (§ 484 BGB.). Der Mangel muß sich innerhalb der Frist zeigen, nicht die diesem Mangel entgegengesetzte Eigenschaft. Wenn dafür Gewähr geleistet ist, daß die Kuh bis zum 20. Febr. 1932 kalben wird, so kann sich normalerweise der Mangel erst nach Ablauf der Frist zeigen. Denn erst dann steht fest, daß der Mangel vorhanden ist. Vorher kann sich nur zeigen, daß der Mangel nicht vorhanden ist. Es ist daher für die begriffsgemäße Funktion der Gewährfrist (§ 482) kein Raum und ebensowenig kann § 484 angewendet werden, denn sobald sich der Mangel zeigt, steht er unwiderleglich fest. Für eine „Vermutung" ist so wenig Raum wie für einen Gegenbeweis. Die Unterstellung, daß die Vertragsteile in einem solchen Fall eine Gewährfrist vereinbaren wollen, läuft daher der Natur der Sache zuwider und ist ganz und gar unmöglich (Meisner, Viehgewährschaft, 3. Aufl., S. 261; SeuffBl. 75, 773; LG. Neuburg: JW. 1928, 2482; LG. Schwäb. Hall: JW. 1929, 1972).

Nimmt man aber eine Gewährfrist an, dann muß die nach §§ 485, 492 erforderliche Mängelanzeige allerdings spätestens zwei Tage nach dem Ablauf der Gewährfrist erfolgen. Unrichtig ist die Ansicht des LG., daß sie vorher überhaupt nicht wirksam erfolgen kann. Zwar kann sich vor dem Stichtag der Mangel i. S. des § 484 normalerweise nicht „zeigen", aber er kann vorhanden sein und ist vorhanden, wenn die Kuh überhaupt nicht trächtig ist oder der Reifegrad der Leibesfrucht nicht so weit vorgeschritten ist, daß ein Kalben zum Stichtag im Bereich der Möglichkeit liegt. Zeigt der Käufer schon vor dem Stichtag an, daß Kalben bis zum Stichtag ausgeschlossen ist, so ist eine solche Anzeige rechtswirksam. Die Anzeigepflicht des § 485 soll nach den Mot. 2, 225 den Verkäufer in die Lage versetzen, rechtzeitig den ihm zustehenden Gegenbeweis zu wahren. Dieser Zweck des Gesetzgebers wird selbst dann erreicht, wenn der Käufer eine bestimmte Mängelanzeige macht, obwohl er noch nicht einmal bestimmt weiß, daß der Mangel vorhanden ist. Man unterstellt den Vertragsteilen den Gipfelpunkt der wirtschaftlichen Unvernunft, wenn man aus der Gewährleistung für Kalben bis zu einem bestimmten Tag die Vereinbarung einer Gewährfrist mit der Folge ableitet, daß eine Mängelanzeige nur innerhalb einer Frist von zwei Tagen erfolgen kann und muß. Es sind ja zumeist Bauern, die man auf diese Weise in eine Anzeigefrist von 48 Stunden einspannen würde.

Gleichwohl ist die Abweisung der nicht auf Wandlung, sondern auf Schadensersatz gerichteten Klage gerechtfertigt, aber aus dem ganz anderen Grund, daß in der Zusage des Kalbens bis zu einem bestimmten Tag nicht die Zusicherung einer schon bei Vertragsschluß als vorhanden angegebenen Eigenschaft zu erblicken ist und daher § 463 BGB. nicht angewendet werden kann. Der Käufer kann nur Wandlung verlangen (§ 492 mit § 487 Abs. 1 BGB.; vgl. meinen Aufsatz JW. 1933, 660 f.).

RA. Christian Meisner, Würzburg.

Mannheim.

6. Bei einer Beschlagnahme gemäß § 36 Abs. 7 DevVO. v. 23. Mai 1932 muß zur Eintragung der Pfändung des Anteils eines Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen im Grundbuch auch die Kündigung der Gesellschaft durch den Gläubiger nachgewiesen werden.

(LG. Mannheim, 1. ZK., Beschl. v. 15. Okt. 1932, 1 FH 54/32.)

Mitgeteilt von AGR. Dr. Guido Leser, Heidelberg.

*

Saarbrücken.

7. § 97 BGB. Die Büroeinrichtung ist Zubehör eines Fabrikgrundstückes; ebenso solche verbrauchbare Sachen, die zur Fortführung des technischen Betriebes beitragen, soweit es sich nicht um erst in späterer Zeit zu verwendende Lagerbestände handelt. (Öl bei einer Dampfziegelei.)

(LG. Saarbrücken, Beschl. v. 30. Aug. 1932, 8a T 4 15/32.)

*

Wiesbaden.

8. Das deutsche Nachlaßgericht hat auch für den Nachlaß eines ausländischen Erblassers zu sorgen.

(LG. Wiesbaden, Beschl. v. 1. Febr. 1933, 5 bT 889/32.)

Mitgeteilt von LGPräs. Dr. A. Bergmann, Wiesbaden-Biebrich.

*

Würzburg.

9. § 851 ZPO.; § 7 Abs. 2 PostscheckG. Forderungen auf Auszahlung von Postscheckguthaben sind unpfändbar.†)

Nach § 851 ZPO. ist eine Forderung in Ermangelung besonderer Vorschr. der Pfändung nur insoweit unterworfen, als sie übertragbar ist. Für künftig zur Entstehung kommende Forderungen ist die Übertragbarkeit insoweit als möglich erachtet, als die Forderung genügend bestimmbar ist. Dies ist z. B. für Forderungen aus einem Kontokorrentverhältnis anerkannt. Auch für Postscheckkonten könnte an sich die Voraussetzung nach dieser Richtung als gegeben angenommen werden. Allein hier ergeben sich aus der besonderen Gesetzgebung gegenteilige Folgerungen. RG.: DRZ. Spruchbeilage 1932, 350, führt aus, daß nach dem PostscheckG. nur zwei Möglichkeiten der Übertragung der Einlagen eines Kunden des Postscheckkontos zugelassen sind, die Überweisung auf ein anderes Postscheckkonto oder die Verfügung mittels Schecks. Diese Einschränkung des Verfügungsrechts entspricht, wie die Entsch. ausführt, auch dem Bedürfnis nach einer möglichst einfachen Gestaltung der der Öffentlichkeit dienenden Postscheckverkehrs. Darnach ist also die Übertragung von Forderungen aus dem

Zu 9. a) Erfreulich ist, daß LG. Würzburg die Pfändbarkeit des zukünftigen Postscheckguthabens an sich anerkennen würde. Diese Frage wurde in der Rspr. und im Schrifttum bald mit nein, bald mit ja beantwortet. Die Praxis der Vollstreckungsgerichte verfügte fast ausnahmslos über das künftige Postscheckguthaben. Auch die Verwaltungsübung der DRPo. hat sich dem nie entgegengestellt, sondern in Dienstanweisungen sogar ausdrücklich auch das künftige Guthaben für pfändbar erklärt. Über Einzelheiten für die Pfändbarkeit vgl. meine Ausführungen: JW. 1929, 501; 1931, 1204 und 1931, 1776. In sehr treffender Ausführung entschied sich OLG. München: Ztschr. f. Rechtspflege in Bayern 1931, 278 für die Pfändbarkeit der Ansprüche des Pfändungsschuldners gegenüber dem Postscheckamt aus künftigen Einzahlungen. Da auch das RG.: JW. 1932, 1015 und RG. 135, 139 = JW. 1932, 101 den Zahlungsanspruch des Kunden an seine Bank aus einem Kontokorrentverhältnis entgegen KG.: JW. 1932, 184 als

Postscheckkonto allgemein nicht zulässig und weil dies der Fall ist, ist auch die Pfändung unzulässig.

Die Richtigkeit der zit. Entsch. des RG. wird auch durch § 7 S. 2 PostscheckG. nicht beeinträchtigt. Diese Best. ist nur als eine vorsorgliche zu betrachten, im Hinblick auf die in § 10 Nr. 4 der dort genannten Stelle eingeräumte Befugnis zu bestimmen, daß der Kontoinhaber in anderer als der in § 4 erwähnten Weise über sein Guthaben verfügen könne. Da aber von dieser Möglichkeit, wie das RG. ausführt, bisher kein Gebrauch gemacht worden ist, ist auch § 7 S. 2 bisher bedeutungslos geblieben, wenn auch in der Rspr. und in der Praxis sich teilweise eine andere Auffassung herausgebildet hatte.

(LG. Würzburg, Beschl. v. 31. Okt. u. 28. Nov. 1932, 416/32.)

Frankfurt a. M. Amtsgerichte.

1. Der 1500-Mark-Vertrag kann gültig sein, wenn sich im Einzelfall ergibt, daß er dem Schuldner eine nur bescheidene Lebensführung ermöglicht.

Während früher die Rspr. einheitlich auf dem Standpunkt stand, daß derartige Verträge nicht mit Erfolg angefochten werden konnten, ist in neuerer Zeit z. T. ein Wechsel in der Auffassung eingetreten. Für die Beurteilung sind mehr die Umstände des einzelnen Falles für maßgeblich erachtet worden. Wenn man diese im vorl. Fall berücksichtigt, so kommt man dazu, die Vereinbarung nicht als unsittlich anzusehen, da M. bei 62,10 *RM* Wochenlohn mit Frau und Kind nur eine bescheidene Lebensführung möglich ist.

(AG. Frankfurt a. M., Urt. v. 24. Febr. 1933, 218 C 637/32.)

---

eine künftige, genügend bestimmbare und deshalb pfändbare Forderung bezeichnet hat, dürfte die Streitfrage endgültig zugunsten der Pfändbarkeit des künftigen Postscheckguthabens gelöst sein.

b) Zu einer unerträglichen Steigerung der heute schon genügend großen Gläubigernot müßte es führen, wenn sich die Auffassung des LG. Würzburg durchsetzen würde, daß Postscheckguthaben überhaupt unpfändbar seien. Böswillige Schuldner brauchten ihr Barvermögen nur auf ein Postscheckkonto anlegen, um gegen Pfändungen und die Folgen des Offenbarungseides gefeit zu sein. Die Meinung wäre indes nicht nur wirtschaftlich unerträglich, sie ist auch rechtlich nicht haltbar. Ob das Postscheckguthaben abtretbar und verpfändbar sei, war längere Zeit eine offene Frage. OLG. Stuttgart: JW. 1929, 2366 hat sie in richtiger Auslegung des PostscheckG. verneint, ebenso LG. München: Bl. f. Post u. Telegr. 1930, Beil. Rspr. S. 23. Auch RG.: DRZ. 1932 Spruchbeilage S. 350 erklärte jede andere Verfügung der Postscheckkontoinhaber außer durch Überweisung und Scheck auf Grund des § 4 PostscheckG. für unzulässig.

Es besteht aber nun kein zwingender Grund, daraus die Unpfändbarkeit abzuleiten. Soweit man überhaupt wegen des öffentlichen Postscheckkonderrechtes § 851 ZPO. für die Frage der Pfändbarkeit heranziehen will, ergibt sich folgendes:

§ 851 Abs. 1 ZPO. läßt allerdings die Pfändung unübertragbarer Forderungen nicht zu. Dies gilt aber nur dann, wenn eine besondere andere Vorschr. fehlt. § 7 PostscheckG. letzter Satz spricht jedoch ausdrücklich von der Pfändung des Guthabens im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Arrestes. Man kann diese Best. nicht einfach willkürlich als bedeutungslos bezeichnen. Sie ist auch nicht nur vorsorglicher Natur, falls einmal i. S. des § 10 PostscheckG. bestimmt werden sollte, daß der Kontoinhaber in anderer als der in § 4 erwähnten Weise über sein Guthaben (etwa durch Abtretung) verfügen könne, wie LG. Würzburg ohne ersichtlichen Grund annimmt. Maßgebend war vielmehr der Gedanke des Gesetzgebers, die Pfändung des Postscheckguthabens nicht einmal an dem Postscheckgeheimnis des § 7 PostscheckG. mit § 5 PostscheckG. scheitern zu lassen. Um so weniger konnte geplant sein, die nur zur Geschäftsvereinfachung im § 4 PostscheckG. festgesetzte Einschränkung des freien Verfügungsrechtes zur Unpfändbarkeit i. S. des § 851 ZPO. auszudehnen.

Falls man die bestehende Regelung des Postscheckverkehrs nicht als öffentlich-rechtliche Benutzungsvorschr. auffaßt, sondern von einem bürgerlich-rechtlichen Vertragsverhältnis zwischen Post und Postscheckinhaber ausgeht, so müßte der Mangel der Abtretungsfähigkeit über § 399 BGB. zu § 851 Abs. 2 ZPO. führen: Die auf Leistung von Geld, also eines der Pfändung unterworfenen Gegenstandes, gehende Forderung soll der Schuldner nicht durch Vereinbarung mit dem Drittschuldner dem Zugriff seiner Gläubiger entziehen können. Für die Pfändbarkeit sprechen denn auch die Meinung der Rechtslehre (vgl. Riggl, Dtsch. Postrecht, 2. Aufl. 1931, S. 377) und die Rspr. (KG.: JW. 1932, 183 und OLG. Dresden: Postarch. 1932, 326). Die Pfändung erstreckt sich gegebenenfalls sogar auf die Stammeinlage.

c) Ergänzend sei noch bemerkt, daß dagegen der Anspruch des Kontoinhabers auf Löschung des Postscheckkontos nicht pfändbar ist; denn es handelt sich dabei nicht um ein Vermögensrecht gem. § 828 ZPO., sondern nur um die Gestaltungsmöglichkeit, aus dem Postscheckverkehr auszuscheiden. Das Kündigungsrecht gem. § 8 PostscheckG. ist überdies seinem Wesen nach nicht übertragbar und wohl auch deshalb unpfändbar. Eine gegenteilige Best. i. S. des § 851 ZPO. fehlt. Die Kündigungsbefugnis ist ferner kein Nebenrecht auf Auszahlung des Postscheckguthabens und nicht mit diesem pfändbar, genau sowenig wie die Pfändung des Lohnes dem Pfändungsgläubiger einen Einfluß auf die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses einräumt. Diese Gedankengänge sind im wesentlichen gegenüber der anderen, unrichtigen Meinung des OLG. Düsseldorf: Postarch. 1931, 235 von Breithaupt und vom LG. Magdeburg: Postarch. 1931, 235 Anm. und 1932, 117 zutreffend entwickelt worden.

Postrat Dr. Rochu, Nürnberg.

B. Arbeitsgerichte.

Reichsarbeitsgericht.

Berichtet von Rechtsanwalt Dr. W. Oppermann, Dresden.

1. § 614 BGB.; § 1 TarVO. Das RArbG. hält daran fest, daß das tarifliche Monatsgehalt des Angestellten die Gegenleistung für die im Tarif vorgesehene regelmäßige Arbeitszeit ist, und daß bei Kürzung der Arbeitszeit durch Einzelvereinbarung auch eine entsprechende Gehaltskürzung vereinbart werden kann. †)

Der Streit der Parteien geht darum, ob und in welcher Weise Kurzarbeit mit entsprechender Gehaltsminderung des Angestellten eingeführt werden kann, wenn der TarVertr. eine regelmäßige bestimmte Arbeitszeit und feste Monatsgehälter vorsieht.

Mit der Frage hat sich das RArbG. bereits in zwei Entsch. v. 20. Dez. 1930 (RArbG. 7, 215 [1]) und 241) befaßt. Die Rev. hält diese Entsch. für Fehlsprüche und wünscht eine nochmalige Prüfung der streitigen Frage. Inzwischen hat das RArbG. in einer weiteren Entsch. v. 10. Okt. 1931 (RAG 89/31 [2])) seine frühere Stellungnahme bereits aufrechterhalten. Eine nochmalige Prüfung gibt keinen Anlaß, von dieser Rspr. abzugehen.

Die im TarVertr. festgesetzte regelmäßige Arbeitszeit hat nur die Bedeutung einer Höchstarbeitszeit, zu der der Angestellte gegen das zugesicherte tarifliche Monatsgehalt verpflichtet ist. Sie gewährleistet ihm jedoch nicht einen Anspruch auf eine bezahlte Beschäftigung in diesem Ausmaße. Das Arbeitsvertragsrecht nicht nur der Arbeiter, sondern auch der Angestellten wird beherrscht von dem Grundsatz von Leistung und Gegenleistung. Das tarifliche feste monatliche Mindestgehalt des Angestellten bildet die Gegenleistung für eine Arbeit während der tariflichen regelmäßigen Arbeitszeit. Deutlichen Ausdruck findet dies darin, daß dem Angestellten die im TarVertr. zugelassene Mehrarbeit besonders zu vergüten ist.

Zu 1. Das RArbG. hält an seiner Rspr. über Kurzarbeit und Gehaltsminderung bei Angestellten fest und begründet sie gegenüber dem Widerspruch der Arbeitnehmerseite aufs neue. Zuzugeben ist, daß die Verteidiger des „Monatsgehalts" in seiner ursprünglichen Bedeutung unter dem Drucke der Wirtschaftskrise und angesichts der Bestrebungen auf gesetzliche Arbeitszeitverkürzung in eine schwache Position geraten sind. Aber man muß sich darüber klar sein, daß nach der Auffassung des RArbG. das tarifliche Monatsgehalt im Grunde nur noch ein veränderter Ausdruck eines Stundenentgelts ist; auch der bei Arbeitern üblicherweise vorgesehene Stundenlohn ist ja noch einer Teilung nach Maßgabe der wirklich abgeleisteten Arbeitszeit fähig. Zu der Auflockerung der älteren Vorstellungen über die Bedeutung des Monatsgehalts hat zweifellos beigetragen, daß die Angestellten in die Regelung der Mehrarbeitsvergütung nach § 6 a ArbZVO. einbezogen worden sind. Geringeres Gewicht kommt der Vorschr. des § 2 Abs. 3 StilleggVO. zu, die nur einen Sonderfall betrifft, bei der die Kürzung des Arbeitsentgelts eine behördliche Anordnung über Verkürzung der Arbeitszeit voraussetzt (Abs. 2) und die überdies zur Entgeltkürzung erst nach Ablauf der Kündigungszeit, mithin später als im Zeitpunkt des Einsetzens der Kurzarbeit berechtigt. Angesichts der „allgemeinen gesetzlichen oder vertraglichen Best." über die Endigung des Arbeitsverhältnisses von Angestellten ist damit die Gleichstellung der Angestellten mit den Arbeitern praktisch bedeutungsarm; der Kernpunkt der Vorschr. liegt nicht bei der Möglichkeit von Kurzarbeit und Entgeltminderung überhaupt, sondern in der Einräumung eines Rechtes zu einseitiger Gestaltung des Arbeitsverhältnisses an den Arbeitgeber. Die Verwischung der Unterschiede zwischen Angestellten und Arbeitern,

[1]) JW. 1931, 1283 [27]. [2]) JW. 1932, 1284 [24].

Wie er aber für Mehrarbeit besondere Bezahlung verlangen kann, muß er bei Kurzarbeit, welche die regelmäßige Arbeitszeit nicht erreicht, infolge Vereinbarung eine entsprechende Kürzung seines Gehaltes dulden. Arbeitszeit und Gehalt sind nicht voneinander abhängig, sondern stehen zueinander in Beziehung, es sei denn, daß der TarVertr. die Beziehung ausdrücklich gelöst hat. Dazu gehört aber eine deutliche Vorschr., welche das tarifliche Mindestgehalt dem Angestellten auch für den Fall einer verkürzten Arbeitszeit garantiert. Solche Vorschr. ist nicht etwa in der Best. des TarVertr. zu finden, daß Abweichungen von den tariflichen Monatsgehältern nur im Einverständnis mit den im Einzelfall beteiligten Organisationen und nur bei wirtschaftlicher Bedrängnis des Arbeitgebers gestattet ist. Denn eine Herabsetzung des für die volle tarifliche Arbeitszeit bestimmten Monatsgehalts, die nur im Ausmaße einer gleichzeitig erfolgenden Verkürzung der tariflichen Arbeitszeit vereinbart wird, weicht nicht vom TarVertr. ab, sondern hält sich wegen des Grundsatzes von Leistung und Gegenleistung im tariflichen Rahmen. Daß der Grundsatz einer Beziehung zwischen der Höhe des Gehalts und der Länge der Arbeitszeit im heutigen Recht auch für den Angestellten gilt, hat einen Ausdruck auch in § 2 Abs. 3 StillegVO. gefunden, der gleichmäßig für Arbeiter und Angestellte maßgebend ist.

Zuzugeben ist nur, daß der Angestellte mangels besonderer Vereinbarung das tarifliche monatliche Mindestgehalt auch dann fordern kann, wenn der Arbeitgeber die Arbeitsverpflichtung des Angestellten, welche die ganze tarifliche regelmäßige Arbeitszeit umfaßt, nicht voll ausnutzt, sondern den Angestellten verkürzt arbeiten läßt. Der Arbeitgeber kann durch Verkürzung der Arbeitszeit nicht einseitig eine Herabsetzung des tariflichen Mindestgehalts des Angestellten herbeiführen. Diese Herabsetzung kann vielmehr nur *vereinbart* werden, und auch nur in dem Maße, welches dem Verhältnis der gekürzten zur regelmäßigen vollen Arbeitszeit entspricht.

(RArbG., Urt. v. 17. Febr. 1932, RAG 474/31. — Dresden.) [D.]

*

2. § 705 BGB. Eine Vereinbarung, durch die der Arbeitgeber sich verpflichtet, an Stelle früher gewährter Weihnachtsgratifikationen einen Teil der Prämien für eine Lebensversicherung seiner Angestellten zu zahlen, ist kein Gesellschaftsvertrag. †)

(RArbG., Urt. v. 26. Okt. 1932, RAG 251/32. — Hannover.) [D.]
〈= BensHSamml. 16, 276.〉

*

3. § 1 TarVO. Wenn die TarVertrParteien durch eine Nachtragsvereinbarung den TarVertr. authentisch auslegen wollen, so ist damit notwendig eine Änderung des TarVertr. dann verbunden, wenn dieser ohne die nachträgliche authentische Auslegung nicht so, wie die letztere bestimmt, verstanden werden konnte. Diese Änderung tritt ein, gleichgültig ob die Beteiligten das in ihren Willen und in ihr Bewußtsein aufgenommen haben oder nicht.

(RArbG., Urt. v. 19. Juni 1931, RAG 709/30. — Leipzig.) [D.]

*

4. § 113 Abs. 2 ArbVermG. Die Aufrechnungsbefugnis des Arbeitgebers gemäß § 113 Abs. 2 erstreckt sich auch auf den unpfändbaren Teil des Lohnes. Das folgt aus dem Zweck der Vorschrift, den zur Erstattung der Arbeitslosenunterstützung verpflichteten Arbeitgeber vor ungerechtfertigter Doppelzahlung zu sichern, während der Arbeitnehmer den Betrag, der ihm durch das Pfändungsverbot gesichert werden soll, in Höhe der Unterstützung bereits erhalten hat, insoweit also des Schutzes nicht bedarf.

(RArbG., Urt. v. 1. März 1933, RAG 530/32. — Osnabrück.) [D.]

*

****5.** Beim Kameradschaftsgedinge im Bergbau, das namens der an demselben Arbeitspunkt arbeitenden Kameradschaft vom Ortsältesten mit der Betriebsleitung geschlossen wird, ist üblich, daß die vereinbarte Gesamtentlohnung für die von der Kameradschaft geleistete Arbeit gleichmäßig auf die Mitglieder verteilt wird. Es können jedoch, sofern nach der Art der Kameradschaftsarbeit eine genaue Trennung und Bemessung der einzelnen Arbeitsleistung möglich ist, auch Gedingesätze vereinbart werden, bei denen jedes Kameradschaftsmitglied nur nach Maßgabe seiner eigenen Arbeitsleistung bezahlt wird.

(RArbG., Urt. v. 30. Jan. 1932, RAG 370/31. — Aachen.) [D.]
〈= RArbG. 10, 164.〉

*

****6.** § 39 BetrRG. = § 43 BetrRVO. Gröbliche, die Absetzung rechtfertigende Pflichtverletzung eines Betriebsratsmitglieds setzt vorsätzliches oder fahrlässiges Verschulden voraus. In besonders gelagerten Fällen kann die Verletzung der Pflichten aus dem Arbeitsvertrag zugleich auch eine Verletzung der durch die Eigenschaft als Betriebsratsmitglied begründeten Pflichten in sich schließen.

(RArbG., Beschl. v. 23. März 1932, RAG RB 7/32. — Berlin.) [D.]
〈= RArbG. 11, 5.〉

*

****7.** §§ 280, 301, 318 ZPO. Die Inzidentfeststellungsklage hat neben dem sonstigen Klagebegehren eine selbständige Bedeutung; die darüber gefällte Entscheidung stellt sich als Endurteil, und da sie nur einen Teil des Rechtsstreits erledigt, als Teilurteil i. S. des § 301 ZPO. dar. — Die Voraussetzung des § 280 ZPO., Abhängigkeit der Hauptsache vom Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses, ist dann nicht gegeben, wenn das Rechtsverhältnis mit demjenigen identisch ist, das bereits den Gegenstand der Klage bildet und in der Hauptentscheidung ohnehin seine rechtskräftige Erledigung findet. — Unser Recht gestattet eine bedingte Entscheidung nur im Falle der Auflage eines zugeschobenen oder richterlichen Eides. — Wenn der Rechtsstreit, soweit eine Entscheidung zulässig ist, die Berufungsinstanz noch nicht verlassen hat, ist eine Zurückverweisung nicht möglich.

Die Kl. hatte dem Bekl. durch Vertr. v. 11. Jan. 1930 ihre Vertretung für den Verkauf ihrer Fabrikate im Bezirk Groß-Berlin und die Leitung ihrer B.er Geschäftsstelle übertragen. Der Vertr. führte zu einem vom Bekl. angestrengten Rechtsstreit der Parteien, der durch einen Vergleich beendet wurde. In diesem lösten die

---

deren Ausdruck die Kurzarbeitsrechtsprechung des RArbG. ist, muß gerade heute sozialpolitisch bedenklich erscheinen. Rechtlich sind die Gedankengänge des RArbG. auch jetzt noch nicht unbedingt überzeugend. Der tariflichen Arbeitszeitbest. wird ihre lohnmessende Funktion ohne Not und ohne eigentliche Begr. abgesprochen. Wenn das RArbG. in dem hier nicht abgedruckten Teile der Entscheidungsgründe sagt, das Recht zur Anordnung von Kurzarbeit (das dem Arbeitgeber durch den arbeitgeberseits ausgegebenen Musteranstellungsvertrag eingeräumt werden sollte, der den Anlaß zum Rechtsstreit gab) habe für den Arbeitgeber einen Wert nur dann, wenn die Anordnung zugleich eine entsprechende Herabsetzung des Gehalts des Angestellten zur Folge habe, so ließe sich ebensogut sagen, die Festsetzung einer regelmäßigen Arbeitszeit im Tarif habe für den Angestellten einen Wert nur dann, wenn sie zugleich einen entsprechenden Anspruch auf Vollgehalt zur Folge habe. Der Grundsatz von Leistung und Gegenleistung, der an sich im Arbeitsverhältnis waltet, braucht nicht im Sinne mathematischer Verhältnismäßigkeit von Arbeitszeit und Arbeitsentgelt verstanden zu werden; es kann auch das volle Monatsgehalt der Gesamtheit der Arbeitsverpflichtung gegenüberstehen, deren Ausschöpfung dem Arbeitgeber freisteht — etwa gar, wenn man mit *Nikisch* daran denkt, daß der Angestellte dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen habe, was nicht nur in Gestalt eigentlicher Arbeitsbereitschaft zu geschehen braucht. Wohl stehen

b

Arbeitszeit und Gehalt zueinander in Beziehung, aber nicht notwendig nur in der vom RArbG. angenommenen Weise, sondern durchaus denkbar auch so, daß das tarifliche Arbeitszeitmaß auch Lohnmaß ist. Das RArbG. selbst gibt zu, daß die von ihm angenommene Beziehung beider Faktoren durch den TarVertr. gelöst sein kann. Eine Tarifklausel (wie sie hier vereinbart war), wonach Abweichungen von den Tarifgehältern „nur zulässig sind im Einverständnis der im Einzelfalle beteiligten Organisationen, wenn sich ein Arbeitgeber in wirtschaftlicher Bedrängnis befindet", dürfte sehr wohl dahin ausgelegt werden können, daß sie auch die Fälle der mit Entgeltminderung verbundenen Kurzarbeit einschließt. Gerade durch solche Klauseln ist es anderwärts gelungen, die Tarifparteien zu einer verantwortungsbewußten Mitarbeit bei der Überwindung betrieblicher Bedrängnisse heranzuziehen. Da es sich um eine tarifvertragliche Best. normativen Charakters handelte, konnte das RArbG. sie selbständig auslegen (§ 73 Abs. 1 ArbGG.). Die von ihm gegebene Auslegung erscheint zu eng. Ist einmal die Arbeitslosigkeitskrise überwunden, so wird der Wunsch nach Wiederherstellung des festen Monatsgehalts und nach Aufgabe der reichsarbeitsgerichtlichen Rspr. dazu mit erneuter Kraft aufleben.

Prof. Dr. *Lutz Richter*, Leipzig.

Zu 2. Vgl. JW. 1932, 3472 = RArbG. 9, 53. D. S.

Parteien ihr Vertragsverhältnis mit sofortiger Wirkung auf und trafen sie zur Regelung ihrer bisherigen Vertragsbeziehungen weitere Abmachungen. Sie überreichten die am 30. Okt. 1930 außergerichtlich aufgenommene Vergleichsurkunde dem Gericht und ergänzten sie durch zur Terminsniederschrift abgegebene als zusätzlicher Gerichtsvergleich bezeichnete Erklärungen.

Trotz des Vergleichs erhob die Kl. später Klage auf Zahlung von insgesamt 7287,20 ℳ, in der Hauptsache als Vertragsstrafen, die der Bekl. nach seinem Anstellungsvertr. verwirkt haben sollte. Der Bekl. bestritt das Klagevorbringen und wandte ferner ein, die Klageansprüche seien durch den oder die Vergleiche v. 30. Okt. 1930 mit erledigt worden, was die Kl. in Abrede stellte.

Das ArbG. hielt die Einrede des Vergleichs für begründet und wies deshalb die Klage durch Teilurt. ab. In der BerInst. haben beide Parteien auch den Antrag gestellt, über die Frage, ob den Klageansprüchen die oben bezeichneten Vergleiche entgegenstehen, durch Inzidentfeststellungsurt. zu entscheiden. Das BG. hat darauf folgendes Teilurt. gefällt: „Wenn die Kl. die Tatsachen, auf die sie die mit der Klage geltend gemachten Ansprüche stützt, bei Abschluß des, bzw. der beiden Vergleiche v. 30. Okt. 1930 noch nicht gekannt hat, so ist sie durch diese Vergleiche nicht gehindert, die mit der Klage erhobenen Ansprüche gegen den Bekl. geltend zu machen."

Die vom BG. getroffene Entsch. ist als Inzidentfeststellungsurt. beabsichtigt gewesen. Nach § 280 ZPO. enthält das Inzidentfeststellungsbegehren auf seiten der Kl. eine Erweiterung der Klage, auf seiten des Bekl. die Erhebung einer Widerklage. Es hat deshalb neben dem sonstigen Klagebegehren eine selbständige Bedeutung, und die darüber gefällte Entsch. stellt sich als Enturt., und zwar, da sie nur einen Teil des Rechtsstreites erledigt, als Teilurt. i. S. des § 301 ZPO. dar (RG. 102, 175). Da der Gegenstand dieses Teilurt. jedoch derselbe ist wie der des ganzen Rechtsstreits der Parteien, so ist die im Urt. des ArbG. auf 7287,60 ℳ festgesetzte Höhe des Streitwerts auch für das angefochtene Urt. maßgebend. Gegen die Zulässigkeit der Rev. bestehen mithin nach § 72 ArbGG. keine Bedenken.

Die Rev. sieht in erster Linie den § 280 ZPO. selbst als verletzt an, weil es für dessen Anwendung an einem die Entsch. bedingenden Rechtsverhältnisse fehle.

Vermöge des § 280 ZPO. haben die Parteien die Möglichkeit, im Laufe eines Rechtsstreits mittels sog. Inzidentantrages über ein Rechtsverhältnis, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entsch. des Rechtsstreits ganz oder zum Teil abhängt, gleichfalls eine der Rechtskraft fähige Entsch. mit herbeizuführen. Es muß sich also bei der Feststellung um das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses handeln. Es genügt für sie weder eine, wenn auch rechtserhebliche, Tatsache, noch eine bloße Rechtsfrage, sondern es ist eine durch den Sachverhalt auf Grund einer Rechtsnorm gegebene Rechtsbeziehung einer Person zu einer andern oder einem Sachgut erforderlich. Diese Bedingung ist hier erfüllt. Denn richtig verstanden betrifft der Antrag der Parteien die Feststellung, daß die aus ihrem früheren Vertragsverhältnisse entstandenen Rechtsbeziehungen, welche den Gegenstand der eingeklagten Leistungsansprüche bilden, durch den oder die Vergleiche v. 30. Okt. 1930 unberührt geblieben (so der Antrag der Kl.) oder beseitigt worden sind (so Antrag des Bekl.). Die beantragte Feststellung betrifft also für die Kl. das Bestehen, für den Bekl. das Nichtbestehen wirklicher Rechtsverhältnisse.

Nicht erfüllt ist aber die weitere Voraussetzung, daß diese Rechtsverhältnisse solche sind, von deren Bestehen oder Nichtbestehen die Zuerkennung oder Abweisung der mit der Klage verfolgten Leistungsansprüche abhängig ist. Denn von einer Abhängigkeit der Hauptentsch. vom Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses kann dann nicht die Rede sein, wenn das Rechtsverhältnis mit demjenigen identisch ist, das bereits den Gegenstand der Klage bildet und in der Hauptentsch. ohnehin seine rechtskräftige Erledigung findet. So liegt die Sache im Rechtsstreit der Parteien. Zwischen ihnen handelt es sich nur darum, ob ihre den Gegenstand der eingeklagten Leistungsansprüche bildenden Rechtsbeziehungen trotz der Vergleiche noch bestehen oder nicht mehr bestehen, nicht aber darum, ob diese Rechtsbeziehungen vom Bestehen oder Nichtbestehen anderer Rechtsverhältnisse, die nicht ihren Gegenstand, sondern nur ihre Grundlage bilden, abhängig sind. Die beantragte Feststellung ist zwar von Bedeutung für die eigentliche Hauptentsch. über die Leistungsansprüche, sie betrifft aber keine Vorfrage dieser Entsch., sondern enthält, soweit sie vom Bekl. beantragt und auf Feststellung der Beseitigung der vertraglichen Rechtsbeziehungen der Parteien durch die Vergleiche gerichtet ist, schon die Entsch. über die Leistungsansprüche selbst. In Wirklichkeit betrifft das Feststellungsbegehren der Parteien ein einzelnes selbständiges Verteidigungsmittel, als welches sich die vom Bekl. erhobene Einrede des Vergleichs darstellt, und über welches nach der früheren Fassung des § 303 ZPO. nur ein echtes selbständig nicht anfechtbares Zwischenurt. zugelassen war, das aber heute nicht mehr möglich ist.

Das angefochtene Urt. enthält übrigens auch insofern eine unzulässige Entsch., als es die vom Bekl. beantragte Feststellung des Nichtbestehens der den Gegenstand der Klageansprüche bildenden Rechtsbeziehungen der Parteien nur bedingt, nämlich für den Fall ablehnt, daß der Kl. der Beweis dafür gelingt, daß sie die klagebegründenden Tatsachen bei Abschluß der Vergleiche noch nicht gekannt hat. Unser Recht gestattet eine bedingte Entsch. nur im Falle der Auflage eines zugeschobenen oder richterlichen Eides. Außerhalb dieses Falles ist eine bedingte Entsch. unzulässig. Sie zeigt eben, daß der Rechtsstreit, weil die Bedingung noch aussteht, in Wirklichkeit noch nicht entscheidungsreif ist. Der Prozeßbevollmächtigte des Bekl. will zwar in dem angefochtenen Urt. eine unbedingte Feststellung dahin als getroffen sehen, daß das Rechtsverhältnis der Parteien insoweit durch die Vergleiche nicht beeinflußt sei, als es sich um der Kl. bei Vergleichsabschluß nicht bekannt gewesene Ansprüche handele. Auch eine solche Umdeutung der im Urt. getroffenen Feststellung, wenn man sie gegenüber der Fassung des Urt. überhaupt zulassen will, sucht aber die Eigenschaft des angefochtenen Urt. als einer nur bedingten Entsch. höchstens zu verbergen, kann sie jedoch in Wirklichkeit nicht beseitigen. Solange die Entsch. in ihrem praktischen Ergebnis von der Aufklärung über eine Kenntnis oder Unkenntnis der Kl. abhängig ist, bleibt sie durch diese Aufklärung bedingt.

Die Rev. muß somit zur Aufhebung des angefochtenen Urt. führen, ohne daß auf ihre weiteren Angriffe einzugehen ist. Es bedarf keiner Zurückverweisung, da der Rechtsstreit, soweit eine Entsch. zulässig ist, die BerInst. bisher noch gar nicht verlassen hat, und aus dem gleichen Grunde verbietet sich für das RevG. zur Zeit eine sachliche Entsch. über die eingeklagten Leistungsansprüche selbst. Das RevVerfahren kann lediglich dazu dienen, durch Aufhebung des unzulässigen Urt. die aus § 318 ZPO. folgende Bindung des BG. für dessen noch außenstehende Entsch. zu beseitigen.

(RArbG., Urt. v. 16. Jan. 1931, RAG 364/31. — Hamburg.) [A.]

*

**8. §§ 98, 100 ArbGG. Die Klage auf Aufhebung eines Schiedsspruchs gemäß § 100 ArbGG. setzt voraus, daß das schiedsrichterliche Verfahren formell beendet ist. Die Gerichte dürfen in die Prüfung der geltend gemachten Aufhebungsgründe erst eintreten, wenn von Amts wegen festgestellt ist, ob die Formvorschriften des § 98 Abs. 2 ArbGG. erfüllt sind. Diese Formvorschriften gehören nicht zu den zwingenden gesetzlichen Vorschriften i. S. § 100 Abs. 1 Nr. 2, deren Verletzung die Aufhebungsklage begründet. Ihre Nichtbeachtung hat vielmehr die Folge, daß ein Schiedsspruch überhaupt nicht besteht; in diesem Fall ist eine Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit des Schiedsspruchs möglich. †)

Die Aufhebungsklage aus § 100 ArbGG. ist erst zulässig, wenn die sachliche Entsch. des SchGer. durch Erfüllung der Erfordernisse des § 98 Abs. 2 ArbGG. (formell) wirksam geworden ist. Solange diese Erfordernisse nicht erfüllt sind, liegt noch kein abgeschlossenes Schiedsverfahren vor und kommt dem beschlossenen Schiedsspruch diese Eigenschaft noch nicht zu. Es gelten insoweit dieselben Grundsätze, wie sie auch in der ZPO. für das dort geregelte schiedsgerichtliche Verfahren nach §§ 1039 ff. Platz greifen. Für dieses ist vom RG. wiederholt ausgesprochen (RG. 49, 409; JW. 1903, 27[24]; WarnRspr. 1908 Nr. 271; 1916 Nr. 150), daß die auf Aufhebung eines Schiedsspruchs gerichtete Klage voraussetzt, daß das schiedsrichterliche Verfahren formell abgeschlossen ist. Die Gerichte dürfen deshalb in die Prüfung der geltend gemachten Aufhebungsgründe erst eintreten, nachdem zuvor von Amts wegen festgestellt worden ist, ob der Schiedsspruch in der vorgeschriebenen Weise erlassen ist. Zur Wirksamkeit des Schiedsspruchs gehört nach § 98 Abs. 2, daß er von sämtlichen Mitgliedern unterschrieben und in einer vom Verhandlungsleiter unterschriebenen Ausfertigung jeder Streitpartei zugestellt ist. Solange das nicht geschehen ist, ist das schiedsrichterliche Verfahren noch nicht abgeschlossen, also der Schiedsspruch der Aufhebungsklage noch nicht zugänglich. Demgemäß wird auch die Notfrist für die Aufhebungsklage in den Fällen des § 100 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ArbGG. nach Abs. 3 das. erst mit der Zustellung des Schiedsspruchs in Lauf gesetzt.

Nun ist aber für das schiedsgerichtliche Verfahren nach der ZPO.

† Zu 8. Die Kernfrage der Entsch. ist die, ob zu den zwingenden gesetzlichen Vorschr., deren Verletzung die befristete Aufhebungsklage gegen den Schiedsspruch ermöglicht (§ 100 ArbGG.), auch die Vorschr. des § 98 ArbGG. gehört, nach welcher der Schiedsspruch von sämtlichen Mitgliedern des SchiedsG. unterschrieben und in einer vom Verhandlungsleiter unterschriebenen Ausfertigung jeder Streitpartei zugestellt werden muß. Das RArbG. verneint die Frage in Übereinstimmung mit Baumbach-Königsberger und in Gegensatz zu Dersch-Volkmar. Ich glaube, mit Recht. Die (allerdings) zwingende Vorschr. des § 98 Abs. 2 regelt die formellen Erfordernisse des Schiedsspruchs; ihre Befolgung ist Bedingung für dessen wirksames Zustandekommen. Mangels ihrer Verwirk-

in jenen Urt. anerkannt, daß bei nicht beendeten Schiedsverfahren eine Klage auf Feststellung, daß ein gültiger Schiedsspruch nicht vorliege, möglich sei (vgl. auch RG. 23, 424 f. und Gruch. 51, 403). Eine solche Feststellungsklage mit dem Ziele, daß aus dem vermeintlichen Schiedsspruch keine Rechte für den Gegner hergeleitet werden können, setzt zwar voraus, daß ein rechtliches Interesse an der begehrten alsbaldigen Feststellung (§ 256 ZPO.) besteht. Dieses Interesse kann mannigfacher Art sein. Es ist u. a. in dem Urt. bei Warn. 1916 Nr. 150 vom RG. selbständig für den damals zur Entscheidung stehenden Fall mit der Begr. bejaht worden, daß die klagende Partei mit der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit rechnen werde, daß das die Nichtigkeit des Schiedsspruchs aussprechende Urt. Beachtung finde. Schon das ist für genügend erklärt worden, um das im § 256 ZPO. genannte Interesse als vorliegend anzunehmen. Das Interesse ist aber auch um deswillen anerkannt worden, weil sonst der Gegner zu einem ihm genehmen Zeitpunkt veranlassen könne, daß die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Aufhebungsklage und die Vollstreckung erfüllt würden, und der Kl. sich auf diese Unsicherheit nicht verweisen zu lassen brauche.

Weil dann, wenn ein Schiedsspruch gegen zwingende gesetzliche Vorschr. verstößt, nach § 100 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 1 und 2 ArbGG. auf dessen Aufhebung nur binnen zweiwöchiger Notfrist geklagt werden kann, also nach Versäumung der Frist trotz solcher Verstöße die Rechtskraft des Schiedsspruchs eintritt, soll nach Ansicht des LArbG. durch diese Gesetzesbestimmungen für das arbeitsgerichtliche Verfahren die auf die Nichtigkeit des Schiedsspruchs gerichtete negative Feststellungsklage ausgeschlossen sein. Ein solcher Schluß wäre nur möglich, wenn unter den zwingenden gesetzlichen Vorschr. i. S. des § 100 Abs. 1 Nr. 2 auch die Vorschr. des § 98 Abs. 2 zu verstehen wären. Dies nimmt allerdings das Erläuterungsbuch von Dersch-Volkmar zum ArbGG. § 100 Anm. 4, § 98 Anm. 3 an, das u. a. dann, wenn ein Schiedsspruch nicht von allen Mitgliedern des SchiedsG. unterschrieben ist, die Aufhebungsklage des § 100 Abs. 1 Nr. 2 zuläßt. Anders dagegen Baumbach-Königsberger zu § 98 Anm. 4, § 100 Anm. 1, wo — übrigens insoweit in Übereinstimmung mit Dersch-Volkmar — darauf hingewiesen wird, daß § 98 Abs. 2 bezwecke, den Abschluß des schiedsgerichtlichen Verfahrens sicherzustellen, und bis dahin der Schiedsspruch als noch nicht bestehend, als ein Nichts mit der Folgerung bezeichnet wird, daß, solange ein Verstoß gegen § 98 Abs. 2 vorliege, das Verfahren noch nicht beendet sei und also mangels Vorliegens eines wirksamen Schiedsspruchs nicht auf Aufhebung eines Schiedsspruchs, sondern nur auf Feststellung geklagt werden könne, daß ein wirksamer Spruch nicht vorliege. Diese Ansicht erweist sich aus den oben dargelegten Gründen als die richtige. Unter die zwingenden gesetzlichen Vorschr. des § 100 Nr. 2 fallen also nicht die des § 98 Abs. 2, sondern Vorschr. des materiellen Rechts. Ob andere Verstöße gegen zwingendes Verfahrensrecht unter § 100 Nr. 1 oder Nr. 2 zu zählen sind, braucht hier nicht entschieden zu werden.

Im vorl. Fall war, da der Schiedsspruch nicht zugestellt worden ist, lediglich die auch an erster Stelle erhobene Feststellungsklage möglich, nicht aber die auch nur hilfsweise angeschlossene Aufhebungsklage.

(RArbG., Urt. v. 15. Febr. 1933, RAG 451/32. — Berlin.) [O.]

*

9. § 61 Nr. 1 KO. Die vertraglich festgesetzte Abgangsentschädigung eines Angestellten kann im Konkurs des Arbeitgebers bevorrechtigt sein. †)

Der Kl. war seit 1927 bei der Firma „Industriebau H. & F. AktG." in B. angestellt, nachdem er bereits vorher 17 Jahre lang bei deren Rechtsvorgängerin beschäftigt gewesen war. Am 26. Juni 1930 kündigte ihm seine Arbeitgeberin zum 31. Dez. 1930. Am 23. Sept. bewilligte sie ihm jedoch „in Rücksicht auf seine langjährige Tätigkeit bei ihr" eine bei seinem Austritt am 31. Dez. 1930 fällig werdende Entschädigung von 5000 *RM*, wobei sie sich vorbehielt, den Betrag auch in Raten bezahlen zu dürfen. Für diesen Fall sollte sich die Summe auf 6000 *RM* erhöhen und bis zum 31. Dez. 1931 in monatlichen, am Ende eines jeden Monats fälligen Raten von 500 *RM* ausgezahlt werden. Die Arbeitgeberin zahlte dem Kl. bis Ende März 1931 insgesamt 1500 *RM*. Am 28. März 1931 wurde das Konkursverfahren über ihr Vermögen eröffnet.

Die Parteien streiten allein darüber, ob der vom Kl. zum Konkurs der Firma angemeldeten Restforderung von 4500 *RM*, für welche in einem rechtskräftigen Vorprozeß das Konkursvorrecht aus § 61[1] KO. in Höhe von 225 *RM* anerkannt und in Höhe von 175 *RM* verneint worden ist, dieses Vorrecht hinsichtlich eines weiteren Teilbetrages von 400 *RM* zukommt. Solches Vorrecht genießen die für das letzte Jahr vor der Eröffnung des Verfahrens rückständigen Forderungen an Lohn, Kostgeld oder anderen Dienstbezügen der Personen, welche sich dem Gemeinschuldner zur Leistung von Diensten verdungen hatten. Der Kl. war kaufmännischer Angestellter bei der in Konkurs gegangenen Firma und hatte sich als solcher zur Leistung von Diensten verdungen. Zweifel können in der Richtung bestehen, ob die angemeldete Forderung eine Vergütung für Dienste des Kl. darstellt und, falls dies zu bejahen ist, ob und wieweit sie Dienste aus dem letzten Jahr vor der Konkurseröffnung, also aus der Zeit vom April 1930 bis Ende März 1931, betrifft.

Die Forderung gründet sich auf das durch Brief der Gemeinschuldnerin vom 23. Sept. 1930 bestätigte Abkommen. Die Entstehung des Abkommens läßt keinen Zweifel daran, daß die zugesagte Summe eine Entschädigung für Dienste bis zum Ausscheiden des Kl. überhaupt nicht bilden sollte.

Der Kl. hatte sich gegen seine Kündigung gewendet und wollte

---

lichung ist also nicht etwa ein, wenn auch mangelhafter oder auf mangelhaftem Schiedsverfahren beruhender, aber doch vorhandener Schiedsspruch, sondern überhaupt noch kein Schiedsspruch gegeben. Mithin fehlt es auch an einem Objekt für die Aufhebungsklage, deren Ziel, ihrem rechtlichen Wesen nach, gerade auf (rechtsgestaltende) Beseitigung eines vorhandenen Schiedsspruchs gerichtet ist. Demgemäß darf das Gericht über eine erhobene Aufhebungsklage nicht entscheiden, ohne vorher (von Amts wegen) geprüft zu haben, ob der angegriffene Schiedsspruch in formeller Hinsicht perfekt geworden ist. Insofern gilt für das Schiedsverfahren des ArbGG. nichts anderes als für dasjenige der ZPO., für welches der hier vertretene Grundsatz in Rechtslehre und Rspr. allgemein anerkannt ist.

Zuzugeben ist, daß bei solcher Auffassung das Schiedsverfahren unbegrenzt lange in der Schwebe bleiben kann, während die Befristung der Aufhebungsklage gerade den Zweck hat, Einwände gegen die Endgültigkeit des Schiedsspruchs möglichst bald aufzuschneiden. Aber ein anderes ist die Anfechtung des an sich zustande gekommenen Schiedsspruchs (als welche sich die Erhebung einer Aufhebungsklage darstellt), ein anderes die Geltendmachung des Umstandes, daß ein Schiedsspruch überhaupt nicht zustande gekommen sei, daß also, in der Terminologie des BGB., eine Nichtigkeit wegen Formmangels, oder, vielleicht genauer, ein Mangel am Tatbestande gegeben sei. Ausschlußfristen, die für den ersten Fall aufgestellt sind und hier einen ganz guten Sinn haben können, namentlich weil der Aufhebungsgrund äußerlich nicht so deutlich hervortritt, brauchen im zweiten Falle keineswegs gerechtfertigt zu sein.

Nun muß es allerdings eine Möglichkeit geben, die Frage, ob wirklich der Schiedsspruch formell ordnungsmäßig zustande gekommen ist, im Streitfalle zum gerichtlichen Austrag zu bringen. Diese Möglichkeit wird durch eine entsprechende Feststellungsklage geboten, vorausgesetzt allerdings, daß nach Lage der Umstände ein rechtliches Interesse daran besteht, die bezüglich des Zustandekommens des Schiedsspruchs und damit auch bezüglich der Maßgeblichkeit der darin getroffenen Entsch. obwaltende Ungewißheit beseitigt zu sehen. Auch in dieser Hinsicht decken sich die Grundsätze des RArbG. und der ZPO.

Geh. JR. Prof. Dr. W. Kisch, München.

Zu 9. Die Begr. des vorl. Urt., das in seinem Ergebnis durchaus zutrifft, ist nicht ganz schlüssig. Sie charakterisiert die zugesagte Entschädigung als Dienstbezüge, und zwar für Dienste, die nicht geleistet, aber angeboten waren. Dienste dieser Art kommen aber nach dem gegebenen Sachverhalt nicht in Frage. Das Dienstverhältnis des Kl. endigte nach der getroffenen Abrede am 31. Dez. 1930. Nach diesem Zeitpunkt hat Kl. der Firma keine Dienste mehr geleistet, ihr aber auch keine Dienste mehr angeboten, ein Austauschverhältnis zwischen Diensten und Entgelt kann mithin für die Zeit nach dem 31. Dez. 1930 als möglich nicht anerkannt werden. Die Vergütung, zu deren ratenweiser Zahlung sich die Firma am 23. Sept. 1930 verstand, ist vielmehr als Erhöhung des klägerischen Gehalts aufzufassen, zu der die Firma sich deshalb verstand, weil sie damit Streitigkeiten über die Kündigung aus dem Wege ging. Und zwar als Erhöhung für den restlichen Zeitraum, den Kl. bei der Firma noch als deren Angestellter tätig war. Nur diese Auffassung dürfte dem Willen der Beteiligten entsprechen; daß die Erhöhung etwa auf den ganzen Zeitraum des Anstellungsverhältnisses zu verteilen sei, ist als völlig abwegig abzulehnen. — Das Abkommen über die Gewährung der Entschädigung enthält, gleichgültig, welcher Beweggrund für die Firma dabei bestimmend war, eine Neufassung der Vergütungsabrede, die, wie ich bereits im ArchZivPr. 136, 64 ausführte, darum, daß sie an das Ende der Vertragsdauer herangerückt war, keinen anderen Charakter aufwies, als die in einem früheren Zeitpunkt getroffene. Die Vergütung stellt also in ihrem gesamten Umfang einen Lidlohn mit dem Anspruch auf bevorzugte Befriedigung gem. § 61 Ziff. 1 KO. dar. Daß ihre Fälligkeit für die letzten neun Raten erst nach der Konkurseröffnung eintrat, spielte dabei keine Rolle (Jäger, Lehrb. d. deutsch. Konkursrechts [8] S. 66). Als dienstvertragliches Ruhegeld ist die dem Kl. gewährte Abgangsentschädigung nicht zu betrachten; die Möglichkeit dieser Auffassung, die dem Anspruch des Kl. das Konkursvorrecht nehmen würde (Urt. des RArbG. v. 1. Juni 1932: BenshSamml. 15, 359) verbietet sich, weil die Vergütung für die Leistung von Diensten, und nicht für die Existenzerhaltung des Kl. zu entrichten war.

Prof. Dr. Otto Opet, Kiel.

die Versicherung erhalten haben, daß alle seinerzeit ausgesprochenen Kündigungen nur formale Bedeutung hätten und niemand entlassen werden würde. Es kam deswegen zu einer Auseinandersetzung zwischen ihm und seiner Arbeitgeberin, und deren Erfolg war das durch Brief vom 23. Sept. 1930 bestätigte Abkommen. Wenn es in dem Schreiben heißt, daß die Entschädigung mit Rücksicht auf die langjährige Tätigkeit des Kl. bewilligt werde, so wird damit höchstens der Beweggrund für die Zusage, nicht aber deren Gegenleistung bezeichnet. Die offensichtliche Absicht der Vertragsparteien war die, daß der Kl. für die Aufgabe seines Widerstands gegen die Kündigung sein Gehalt von damals monatlich 1200 *RM* noch für weitere rund 5 Monate über den Zeitpunkt seines freiwilligen Ausscheidens hinaus erhalten sollte.

Auch so behält aber die zugesagte Entschädigung die Eigenschaft von Dienstbezügen i. w. S. Das solche Bezüge kennzeichnende Merkmal eines Austauschverhältnisses zwischen Diensten, die zwar nicht geleistet werden, aber angeboten waren, und einem Entgelt dafür bleibt deutlich erkennbar.

Doch beziehen sich die ausgefallenen Dienste, die hier in der zugebilligten Entschädigung noch in Höhe der vertragsmäßigen Bezüge des Kl. eine Vergütung finden, erst auf die Zeit nach dem Ausscheiden des Kl. Sie betreffen etwa 5 Monate, von denen nur die ersten drei, die Monate Januar bis März 1931, noch zum letzten Jahr vor Eröffnung des Konkursverfahrens gehören. Auf diese Zeit entfällt danach etwa die reichliche Hälfte der zugebilligten Entschädigung. Bringt man davon die in den ersten drei Monaten des Jahres 1931 schon gezahlten 1500 *RM* und weiter den vom Vorprozeß betroffenen Teilbetrag von 400 *RM* in Abzug, so verbleibt auf jeden Fall noch erheblich mehr als der Teilbetrag der weiteren 400 *RM*, für welche das Konkursvorrecht im gegenwärtigen Rechtsstreit erstrebt wird. Insoweit handelt es sich endlich auch um eine für das letzte Jahr vor der Konkurseröffnung rückständige Forderung an Dienstbezügen, obwohl die nach dem Abkommen v. 23. Sept. 1930 bis zur Konkurseröffnung fälligen Teilbeträge von monatlich 500 *RM* rechtzeitig gezahlt worden sind. Denn bei Beantwortung der Frage, „für" welche Zeit die Forderung rückständig ist, kommt es nicht auf den Zeitpunkt an, an dem die Forderung fällig geworden ist, sondern nur auf die Zeit, für welche die Forderung das Entgelt von Diensten darstellt (Mentzel, KO., 4. Aufl., Anm. 3 zu § 61).

(RArbG., Urt. v. 21. Sept. 1932, RAG 236/32. — Berlin.) [O.]

Landesarbeitsgerichte.

Aachen.

1. §§ 12 Abs. 6; 61 Abs. 2; 69 Abs. 2 ArbGG.; 17, 18 GKG. Auch dann, wenn das Arbeitsgericht den Streitwert im Urteil festgesetzt hat, bleibt für eine besondere Festsetzung für die Gebührenordnung Raum. †)

Die urteilsmäßige Streitwertfestsetzung regelt abschließend nur die Frage, ob Berufung oder Rev. eingelegt werden kann oder nicht. Die Auffassung, daß daraus die unbedingte Maßgeblichkeit dieser Festsetzung auch für die Kostenberechnung herzuleiten sei (Flatow-Joachim, 1928, § 12 ArbGG. Anm. 4; Dersch-Volkmar, ArbGG., 1931, § 12 Anm. 4d; Sydow-Busch § 2 Anm.), ist abzulehnen.

Durch § 12 Abs. 6 ArbGG. wird für das arbeitsgerichtliche Verfahren der Weg freigegeben zu entsprechender Anwendung des GKG., das nach § 1 zunächst nur in den vor die ordentlichen Gerichte gehörigen Rechtssachen, auf die die ZPO. . . . Anwendung findet, Beachtung fordert. Nach § 18 GKG. setzt das ProzGer. den für die Berechnung der Gebühren maßgebenden Wert durch Beschluß fest, soweit nicht nach § 17 a. a. O. zum Zweck der Entsch. über die Zuständigkeit des ProzGer. oder die Zulässigkeit des Rechtsmittels eine Festsetzung des Wertes erfolgt. In der ZPO. ist Streitwertberechnung vorgesehen entweder zum Zweck der Feststellung der in dem GVG. näher umschriebenen sachlichen Zuständigkeit der Gerichte (§§ 2 ff. ZPO.) oder der Best. des Wertes des Beschwerdegegenstandes im Rechtsmittelverfahren (§§ 511 a, 546 ZPO.). Für das arbeitsgerichtliche Verfahren kommen gleichgeartete Streitwertfestsetzungen nicht in Frage. Die sachliche Zuständigkeit des ArbG. ist eine ausschließliche und durch § 2 ArbGG. ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes festgelegt. Bei der Berufung oder Rev. kommt, soweit nicht besondere Zulassung den weiteren Rechtszug eröffnet, nicht dem nach der ZPO. maßgebenden, nötigenfalls von dem übergeordneten Gericht durch eine besondere Entsch. i. S. des § 17 GKG. festzusetzenden Wert des Beschwerdegegenstandes, sondern — unbekümmert um dessen Höhe — dem in die Urteilsfällung der Vorinstanz einbezogenen Streitgegenstand nach Maßgabe der in dem ArbGG. festgelegten Mindestbeträge von 300 *RM* und 6000 *RM* entscheidende Bedeutung zu.

(LArbG. Aachen, Beschl. v. 30. Jan. 1933, LAG 50/32.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Paul Lauber, Aachen.

*

Chemnitz.

2. §§ 9, 13 RAGebO.; § 272b ZPO.; § 24 GKG. Holt der Vorsitzende vor der mündlichen Verhandlung eine Auskunft von einer Behörde ein, dann liegt die Beweisaufnahme schon in der Beiziehung. Die Beweisaufnahmegebühr des RA. kann nicht durch nachträgliche Anhörung dieser Auskunft verdient werden.

(LArbG. Chemnitz, Beschl. v. 23. Juni 1932, Arb BC 4/32.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Johannes Müller, Plauen.

C. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

I. Reich.

Reichsfinanzhof.

Berichtet von Reichsfinanzrat Dr. Boethke, Reichsfinanzrat Arlt und Reichsfinanzrat Dr. Georg Schmauser, München.

[✕ Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt.]

1. § 1 Nr. 1 UmsStG. 1926. Veranstaltet eine Skatvereinigung ständig Skatwettspiele und nimmt von den daran teilnehmenden Mitgliedern jeweils einen Einsatz zur Deckung der Unkosten und zur Auszahlung von Geldpreisen nach einem Wettspielprospekt, so liegt ein steuerpflichtiger Leistungsaustausch vor, bei dem der ganze Einsatz das steuerpflichtige Entgelt des Spielteilnehmers bildet.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 10. Febr. 1933, V A 56/33, S.)

*

✕**2.** §§ 2 Nr. 1, 3 UmsStG. (Umsatzausgleichsteuer). Die Steuerbefreiungen des § 3 UmsStG. gelten nicht für die Umsatzausgleichsteuer.

(RFH., 4. Sen., Urt. v. 25. Jan. 1933, IV A 182/32 S.)

*

✕**3.** § 14 GrErwStG. Auf die Vergünstigung des § 14 kann ein Grundstücksersteher auch dann Anspruch machen, wenn die Hypothek, zu deren Rettung er auf das Grundstück geboten hat, ihm nur zur Sicherung von Forderungen abgetreten war; dies gilt jedoch nur soweit, als solche Forderungen ihm im Zeitpunkt der Ansteigerung tatsächlich zustanden.

RFH. v. 23. Nov. 1932, II A 492/32, hat bereits darauf hingewiesen, daß auch eine Bank, der eine Hypothek nur zur Sicherung von Forderungen abgetreten ist, gleichwohl selbst als Grundstücksersteherin auf die Vergünstigung des § 14 Anspruch machen kann, wenn und soweit ihr solche Forderungen im Zeitpunkt der Ansteigerung zugestanden haben, wenn sie deshalb zur Rettung der ihr ebenfalls zustehenden Hypothek auf das Grundstück geboten hat und wenn auch die übrigen Voraussetzungen des § 14 erfüllt sind. Lehnt sie, gleichviel aus welchen Gründen, es ab, sich als Mitbieterin am Zwangsversteigerungsverfahren zu beteiligen, und sieht sich deshalb der frühere Gläubiger der Hypothek, um eigenen Schaden zu vermeiden, zu Ansteigerung des Grundstücks genötigt, so kann für einen solchen nicht unter § 14 fallenden Tatbestand nur ein Steuererlaß aus Billigkeitsgründen nach § 131 RAbgO. n. F. i. Verb. m. § 31 Abs. 2 GrErwStG. in Frage kommen.

(RFH., 2. Sen., Urt. v. 24. Jan. 1933, II A 205/32.)

*

✕**4.** § 8 Nr. 5 GrErwStG. Der Senat hält an der Entsch. RFH. 19, 253 nicht mehr fest. Die Ausbringung von Grundstücken aus Familiengesellschaften hat keinen Anspruch auf Steuerfreiheit. †)

Der Senat hat zwar in RFH. 19, 253 in ausdehnender Auslegung des § 8 Nr. 5 ausgesprochen, daß es keinen Unterschied machen könne, ob die allein aus Eltern und Kindern bestehende Vereinigung

---

Zu 1. Gleicher Ansicht LArbG. Dresden v. 18. Nov. 1930: DRZ. 1931, 231, 232; ferner Friedlaender, GKG. S. 522; Aschaffenburg: ArbG. 1927, 397; Rittmann-Wenz, DGKG., 15. Aufl., 1930, S. 532 ff. Anm. 11 zu § 12 ArbGG.: LArbG. Freiburg v. 18. Juni 1930: ZDJustAmtm. 193, 571.

RA. Dr. Paul Lauber, Aachen.

Zu 4. Der Entsch. muß fraglos darin zugestimmt werden, daß der § 8 Ziff. 5 GrErwStG., da hier nur vom „Einbringen" in eine aus gewissen Familienmitgliedern bestehende Vereinigung gesprochen wird, in seinem buchstäblichen Sinn das „Ausbringen" aus der Vereinigung nicht mitumfaßt. Daraus muß aber noch nicht notwendig gefolgert werden, daß der Tatbestand des

oder Gesellschaft ein Grundstück von einem von ihnen erhalte oder an einen von ihnen herausgebe, und auch in letzterem Falle Steuerfreiheit bewilligt. Diese Auslegung des § 8 Nr. 5 ist im Schrifttum von den verschiedensten Seiten angegriffen worden.

Der Senat hat seine in RFH. 19, 253 niedergelegte Auslegung des § 8 Nr. 5 bereits in RFH. 24, 29 dahin eingeschränkt, daß Steuerfreiheit nicht eintritt, wenn die Überlassung des Grundstücks nicht an den Elternteil geschieht. Bei erneuter Prüfung der Rechtsfrage glaubt der Senat an seiner Auffassung auch in diesem beschränkten Umfange nicht mehr festhalten zu sollen.

§ 8 Nr. 5, der dem § 7 Abs. 1 Nr. 5 RZuwStG. v. 14. Febr. 1911 entspricht, begünstigt nur die Einbringung von Grundstücken in Familiengesellschaften. Von der Ausbringung von Grundstücken aus solchen Gesellschaften spricht er mit keinem Wort. Die Ausbringung enthält auch einen ganz anders gearteten Tatbestand, der nur kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift steuerbefreit sein könnte. Überdies decken sich auch die Vorschr. des § 8 Nr. 4 u. 5 nicht vollständig.

§ 8 Nr. 4 begünstigt nur die näher verbundenen Verwandten auf- und absteigender Linie:

a) jede Veräußerung an Verwandte absteigender Linie,

b) Veräußerung an aufsteigende Verwandte nur beschränkt, nicht Enkel an Großeltern usw.

In § 8 Nr. 5 spielt dieser Unterschied keine Rolle. Es besteht auch keine Möglichkeit, ihn für die Fälle der Auflösung einer Personenvereinigung im Wege der Auslegung in die Bestimmung hineinzutragen. Die Anwendung des § 8 Nr. 5 ist daher auf das Einbringen von Grundstücken zu beschränken.

(RFH., 2. Sen., Urt. v. 6. Dez. 1932, II A 291/32.)

*

5. § 14 Abs. 1 Nr. 2 GrErwStG. Sicherungshypotheken für Wechselforderungen können nach § 1187 Satz 3 BGB. auch außerhalb des Grundbuchs durch Übergang der Wechselforderungen erworben werden. Zutreffendenfalls ist der Tag des Übergangs der Wechselforderungen für die Berechnung der Jahresfrist des § 14 Abs. 1 Nr. 2 GrErwStG. maßgebend.

Die beiden Vorentsch. gehen von der Annahme aus, daß die beiden Sicherungshypotheken nach § 1154 Abs. 3 BGB. nur durch Umschreibung im Grundbuch vom BeschwF. erworben werden konnten. Soweit die Akten ergeben, handelt es sich jedoch um Sicherungshypotheken, die für Forderungen aus Wechseln bestellt waren, so daß nach § 1187 Satz 3 BGB. die Vorschr. des § 1154 Abs. 3 keine Anwendung findet. Die Hypotheken konnten daher von dem BeschwF. auch außerhalb des Grundbuchs durch Übergang der Wechselforderungen erworben werden. Ob und inwieweit das tatsächlich geschehen ist, bedarf näherer Aufklärung.

(RFH., 2. Sen., Urt. v. 13. Febr. 1933, II A 65/33.)

*

6. § 124a Abs. 1 Satz 2 VZollG. Zur Anwendung des § 124a Abs. 1 Satz 2 VZollG. ist erforderlich, daß die Anlage mit dem Ziele errichtet ist, durch sie den Grenzaufsichtsdienst zu erschweren oder Zuwiderhandlungen gegen die Abgabengesetze zu erleichtern. Es genügt nicht, daß die ohne einen solchen Zweck errichteten Anlagen tatsächlich von Schmugglern benutzt werden.

(RFH., 4. Sen., Urt. v. 22. Febr. 1933, IV A 338/32.)

*

7. § 24 KörpStG.; § 83 EinkStG. Steuerabzug vom Kapitalertrag bei Erhöhung des Grundkapitals durch Gewährung von Freiaktien aus Aufwertungsfonds ohne Gewinn der Aktiengesellschaft. †)

Die beschwerdeführende AktG. erhöhte ihr Grundkapital von 100 000 auf 200 000 *RM* durch Gewährung von Gratisaktien. Die Mittel entnahm sie dem Aufwertungsfonds. Bei der Goldmarkumstellung war das Aktienkapital auf 100 000 *RM* festgesetzt. Dabei sind weder Aufwertungsforderungen noch Schulden aufgeführt. Erst 1929 habe sich ergeben, daß das Eigenvermögen der AktG. weit höher zu bewerten sei. Aus den Aufwertungsüberschüssen, die schon am 1. Jan. 1924 zum Eigenvermögen der AktG. gehört hätten, sei dann die Erhöhung durch Ausreichung von Gratisaktien vorgenommen.

Mit Recht hebt das FinGer. hervor, daß bei der Frage, ob die Gratisaktien Kapitalertrag darstellen, die Gesellschaft und die Gesellschafter auseinandergehalten werden müssen (RFH. 11, 157 [175]). Ob die Gesellschaft Erträge im wirtschaftlichen Sinne er-

---

„Ausbringens" im Gesetz nicht geregelt ist und insoweit eine Lücke im Gesetz vorliegt. In der früheren Entsch. des RFH. XIX, 253 ist allerdings am Schluß gesagt, daß der Wortlaut des Gesetzes gegenüber dem gesetzgeberischen Gedanken eine „Lücke" enthalte. Es handelt sich aber im Sinne dieser Entsch., wie der Zusammenhang ergibt, nicht um eine wirkliche, durch Ergänzung des Gesetzes auszufüllende Lücke, sondern nur um einen Mangel im Ausdruck des Gesetzes, dem durch sinngemäße Auslegung nach Zusammenhang und Zweck des Gesetzes auf Grund des gesetzgeberischen, auf Begünstigung des Familienzusammenschlusses gerichteten Gedankens nach der früheren Ansicht des RFH. abgeholfen werden könne. Dementsprechend wird in der Überschrift der früheren Entsch. auch nur von ausdehnender Auslegung der Ziff. 5 des § 8 gesprochen. Die Frage, inwieweit durch die Rspr. wirkliche Lücken des Gesetzes ausgefüllt werden können, d. h. die Frage der Zulässigkeit einer gesetzesfreien Rspr. durch Ergänzung des Gesetzes, interessiert daher hier nicht. Es fragt sich vielmehr nur, ob hier die für jedes Gesetz geltende Regel der analogen Anwendung, wonach wesensgleiche Tatbestände nach ein und demselben Rechtssatz beurteilt werden müssen, auch wenn die Formulierung in dem Gesetze nur einen der verschiedenen wesensgleichen Tatbestände trifft, anzuwenden ist, also um die Frage, ob hier bei der „Ausbringung" ein i. S. des Gesetzes wesensgleicher Tatbestand mit dem „Einbringen" vorliegt. Da die Frage, ob ein wesensgleicher Tatbestand vorliegt, nur nach Lage des einzelnen Falls beantwortet werden kann, steht ihre Entsch. letzten Endes im Ermessen der jeweils entscheidenden letzten Instanz. Im vorl. Fall hatte die frühere Entsch. des letztinstanzlichen zuständigen RFH. die Wesensgleichheit der Tatbestände bei Einbringung von Grundstücken in Familiengesellschaften und bei der Ausbringung von Grundstücken aus solchen Gesellschaften bejaht, weil hier wie dort der Familienzusammenschluß fortbestehe, während die jetzige Entsch. des RFH. im direkten Gegensatz hierzu die Wesensgleichheit verneint und ausdrücklich erklärt, daß die Ausbringung einen ganz anders gearteten Tatbestand enthalte wie die Einbringung. Es beruht dies auf einer grundsätzlich verschiedenen Auffassung darüber, wie weit man den gesetzgeberischen Gedanken der Begünstigung des Familienzusammenhangs wirken lassen will, während der Hinweis der jetzigen Entscheidung auf die Verschiedenheiten bei dem Kreise der Verwandten im § 8 Nr. 4 und § 8 Nr. 5 GrErwStG. nicht entscheidend ins Gewicht fallen dürfte. Objektiv läßt sich kaum bestimmen, welche der Auffassungen des RFH., die alte oder die neue, die richtige ist; die Entsch. der Frage bleibt vielmehr von dem Ermessen des RFH. abhängig. Allgemein darf dazu bemerkt werden, daß es, wie überhaupt, so ganz besonders im Steuerrecht im Interesse der Steuerpflichtigen, zu wünschen ist, daß Schwankungen bei einer mehr oder weniger in das Ermessen gestellten Auslegung des Gesetzes durch die oberste Rspr. tunlichst vermieden werden.

Wirkl. Geh. OFR. MinDir. i. R. Dr. E. Kübler, Berlin.

Zu 7. 1. Wenn man bloß den Rechtssatz und die Gründe nicht genau liest, kann das Urt. leicht mißverstanden werden. Man könnte auf folgende Idee kommen: Da die Ausgabe der Freiaktien kurz gesagt eine Dividende darstellt, ist die AktG. als solche hinsichtlich dieser 100 000 *RM* auch körperschaftssteuerpflichtig. Dem widerspricht aber der nach § 29 KörpStG. auch für AktG. geltende § 108 Abs. 1 EinkStG. Nach der erweiternden Auslegung des RFH. berührt darnach die Aufwertung grundsätzlich nicht das Einkommen, weder aktiv, noch passiv (Rosendorff-Hermann, 7. Aufl., § 29, S. 911). Im umgekehrten Falle — die AktG. ist Aufwertungsschuldnerin — hätte sie ja auch die Erhöhung ihrer Schuld dem Fiskus gegenüber nicht geltend machen können. StW. 30 Nr. 1111 sagt ausdrücklich: Die Erhöhung von Aufwertungsschulden ergibt keine nach § 15 Nr. 3 zu berücksichtigende Unterbilanz. Es wäre ungerecht, wenn man demgegenüber einen sog. Aufwertungsgewinn mit der KörpSt. belegen wollte. In Wahrheit ist ein solcher auch gar nicht vorhanden. Man hat ab-, nicht aufgewertet. Unser Urt. hebt denn auch besonders am Schlusse ausdrücklich hervor, daß es sich eventuell um eine Substanzminderung, nicht um einen Ertrag im wirtschaftlichen Sinne handelt.

2. Damit ist die Gefahr einer Heranziehung zur KörpSt. allerdings nicht vollständig gebannt. Nach § 10 Abs. 2 a KörpStG. kann nämlich die sog. Ausschüttungssteuer erhoben werden. Weil es sich hier um eine Kannvorschr. handelt, ist nach der Rspr. (RH. § 10 Anm. 11 S. 338) zu prüfen, ob die Heranziehung der Billigkeit entspricht. Von neueren Urt. (siehe StW. 33 Nr. 113, 115), die auf die Kapitalkraft der AktG. entscheidendes Gewicht legen (RFH. 21, 128), hat der RFH. ausgesprochen, daß die Besteuerung in den drei auf die Geldentwertung folgenden Geschäftsjahren regelmäßig der Billigkeit widerspreche. Auch wegen der Substanzminderung bzw. dem Mangel eines Gewinnes möchte ich eigentlich die Steuerpflicht verneinen. In Wahrheit handelt es sich, wie die AktG. richtig ausführt, nur um eine angemessene Korrektur der Goldumstellung und gewissermaßen um eine Teilliquidation. Die AktG. schüttet einen Teil ihres Stammvermögens, nicht ihres Gewinnes an die Aktionäre aus, die es ihr als neue Einlage, also steuerfrei, wiedergeben. Bei der Heraufsetzung des Eigenkapitals gem. § 5 Abs. 1 VO. über Goldbilanzen verneint denn auch bei einer Erhöhung (RFH. 15, 226) einen

zielt hat, aus denen sie für die Gesellschafter den Nennbetrag der Freiaktien zahlt, ist unerheblich. Entscheidend ist allein, ob die Gesellschafter einen Ertrag erhalten haben (RFH. 23, 59). Letzteres ist aber nach der Rspr. bei Freiaktien der Fall. Wie die Gesellschaft oder die Gesellschafter sich den Vorgang denken, ob sie ihn als eine nachträgliche Korrektur der Umstellung bezeichnen oder wie sie ihn sonst nennen, ist gleichgültig. Auch das Urt.: StW. 29 Nr. 269 kann von der BeschwF. nicht verwertet werden. Dies Urt. ist zu § 4 Abs. 2 KapVerkStG. ergangen. In dieser Vorschr. handelt es sich um eine Höchstgrenze des verteilten Reingewinnes. In § 83 EinkStG. findet sich kein Hinweis auf einen Reingewinn etwa in der Richtung, daß der Abzug nur bei solchen Kapitalerträgen vorzunehmen wäre, deren Verteilung sich durch Reingewinn der Gesellschaft habe ermöglichen lassen. Darum ist in RFH. 23, 62 unter

Kapitalertrag. Bei einer GmbH. bedeutet ferner nicht jede Umwandlung sogar von Reserven in Grundkapital Einkommen der Gesellschafter (RStBl. 28, 179). Da es sich in § 10 aber um eine Ermessensfrage handelt, ist die Sache keineswegs zweifelsfrei, z. B. dann, wenn die AktG. besonders kapitalkräftig ist.

3. Die Handelsbilanz sieht wie folgt aus:

Diverse Aktiven 100 000 *RM* Kapitalkonto 200 000 *RM*
Aufwertungskonto 100 000 *RM*

In der Steuerbilanz fehlt aber (oben Nr. 1) auf der Aktivseite das Aufwertungskonto. Sie weist also rein buchmäßig einen Verlust auf. Kann die AktG. das geltend machen? Mit anderen Worten: Welche Bilanz entscheidet, die Handels- oder die Steuerbilanz? Ich glaube, die erstere. Also kein Verlustvortrag. Siehe denn auch StW. 33 Nr. 120. Denn sonst wäre die Ausschüttung zu Lasten des Stammkapitals erfolgt, was nach feststehender Rspr. (StW. 33 Nr. 117 [wegen Ausbeute siehe StW. 32 Nr. 543]) wenigstens bei § 10 immer als unbillig angesehen wird. Aber auch hier kann man Zweifel hegen.

4. Da nach Sachlage die AktG. den von ihr unvermutet erhobenen Steuerabzug schwerlich von den Aktionären ersetzt verlangen wird, bleibt sie daran kleben. Nach JW. 1929, 2457 beträgt er sogar statt 10 % etwa 11,1 %. Sie wird den Betrag allerdings abziehen dürfen. § 17 Nr. 3 KörpStG. schließt im wesentlichen nur die KörpSt. selbst aus. Der Fiskus kann auch nicht einwenden, daß die AktG. einen Regreßanspruch habe. Verzichtet sie auf ihn, so entscheidet ihr Wille, auch wenn der Entschluß unzweckmäßig ist. Allerdings kann darin eine verdeckte Gewinnausschüttung liegen.

II. 1. Unser Urt. baut sich auf dem Satze auf: Die Sache muß nicht vom Standpunkt der AktG., sondern ausschließlich von dem des die Freiaktien empfangenden Aktionärs betrachtet werden. Selbst wenn die Hingabe abseiten der AktG. keine Gewinnausschüttung sei, wäre sie doch für den Aktionär Kapitalertrag. Ich möchte das nicht so unbedingt bejahen.

2. Zunächst fällt auf, daß der Aktionär anscheinend einen wirklichen Wert, eine Vermögensvermehrung nicht empfangen hat. Er war früher an 200 000 *RM* mit je $^1/_{100\,000}$ beteiligt, nach der Erhöhung mit $^2/_{300\,000}$. Sein Besitzverhältnis ist dasselbe geblieben. Statt einer Urkunde hat er zwar zwei. Aber sie verbriefen denselben Besitz. Wäre der Aktionär buchführender Kaufmann, so würde sich auch steuerlich der Regel nach nichts verändert haben. Denn der Kurs der alten und neuen Aktien zusammen wird regelmäßig nicht mehr ausmachen als vorher die alten Aktien allein. Ist der Aktionär aber Privatmann, so gibt es keinen Bestandsvergleich. Er kann also nicht geltend machen, daß sich der Kurs der alten Aktien halbiert habe. Immerhin liegt auch bei ihm — wenigstens wirtschaftlich — die Sache so, daß sich lediglich die Papiermasse vermehrt hat. Es wird ihm nicht einleuchten, daß der Fiskus einen wirklichen Ertrag da sieht, wo er einen solchen beim besten Willen nicht entdecken kann. Im Urt. v. 4. Juni 1930, VI a 256/30 heißt es denn auch: Bei Gratisaktien liegen Einkünfte in Höhe des Steuerwerts der Aktien vor. Der Nominalbetrag ist also nicht entscheidend. Die rein praktische Empfindung, daß der Aktionär nichts erhalten hat, als was er schon vorher hatte, hat denn auch den ersten Zweifel in mir ausgelöst.

3. Da es mir mehr um grundsätzliche Erwägungen zu tun ist, als um die bloß quantitative Höhe des Steuerobjektes, bitte ich, anzunehmen, die AktG. sei sehr kapitalkräftig. Sie habe daher keine Gratisaktien verteilt, sondern die 100 000 *RM* bar ausgeschüttet. Man sollte meinen: Alsdann könne doch der Ertragscharakter nicht geleugnet werden; es handle sich um eine Extradividende, einen Bonus nach § 37 Abs. 2 Nr. 1 EinkStG. Äußerlich sieht es gewiß so aus.

a) Bei rein wirtschaftlicher Betrachtung hat aber die AktG., wie bereits oben bemerkt, grade bei einer Barzahlung den Teil ihres Vermögens, der steuerlich nach § 108 Abs. 1 nicht in Betracht kommen darf, ausgeschüttet, also eine Art Teilliquidation vorgenommen. Liquidationsraten sind jedoch nach JW. 1932, 1683 (siehe meine Note; vgl. auch StW. 32 Nr. 635) steuerfrei, wenn es

Hinweis auf RFH. 11, 175 ausgeführt, daß die Aktionäre auch dann einen Kapitalertrag i. S. des § 83 EinkStG. erhalten, wenn die Gesellschaft die zugewendeten Beträge aus der Substanz ihres Vermögens entnommen hat.

(RFH., Urt. v. 18. Okt. 1932, I A 181/32.)

Mitgeteilt von Dr. Ernst Fleck, Hannover.

*

8. § 6b KapVerkStG. Der Wert des Verzichts auf eine Forderung ist in der Regel dem Nennbetrag der Forderung gleichzusetzen. †)

Die beschwf. AktG. behauptet, der Verzicht auf ein Recht sei ebenso hoch zu bewerten wie das Recht selbst. Da die Aktionäre die

sich nicht grade um eine wesentliche Beteiligung handelt (RFH. S. 766 ff.). Und zwar selbst dann, wenn die Rate für den Aktionär einen wirklichen Gewinn enthält.

b) Man wird einwenden: Die AktG. ist ja gar nicht in Liquidation getreten, besteht vielmehr weiter. Für die wirtschaftliche Denkweise fällt dieser formale Gesichtspunkt schwerlich ins Gewicht. Steuerrechtlich ist Präzedenzfall StW. 33 Nr. 116. Dort wird die Mindestbesteuerung einer ausgeschütteten Reserve auch bei nichtförmlicher Liquidation abgelehnt. Tatsächlich kämen die Maßnahmen im wirtschaftlichen Ergebnis einer Liquidation gleich. In diesem Urt. waren allerdings die ersten Schritte zu einer Vollliquidation gemacht. Aber wenn man schon einmal und mit Recht bei dieser von formalen Bedenken absieht, weshalb nicht auch bei einer Teilliquidation?

c) Ähnlich ist übrigens bereits StW. 32 Nr. 543 bei einer Gewerkschaft entschieden, die keinen Abbau mehr betreibt und sich allmählich auflöst. Mirre: StW. 32, 838 Nr. 4 bemerkt dazu, daß vielleicht der erste Senat bei der Veranlagung des Gewerken eine Ausbeute, insofern sie eine Kapitalrückzahlung enthält, im Gegensatz zum 6. Senat (siehe z. B. JW. 1931, 754) als steuerfrei ansehen würde. Das ist sehr charakteristisch. Denn Mirre war bisher anderer Ansicht: Auch er empfindet es offensichtlich nicht als richtig, Kapitalrückzahlungen als Ertrag anzusehen.

d) Gerade bei Gewerkschaften tritt die Streitfrage besonders plastisch hervor. Sie zieht für einen Schachtbau große Zubußen ein, nimmt davon aber Abstand und zahlt die Gelder in Form der „Ausbeute" zurück. Soll das wirklich Kapitalertrag sein? Siehe denn auch Prausnitz: JW. 1930, 2283.

e) Dazu kommt in unserm Falle, daß nach § 108 Abs. 1 der Fiskus allen StPfl. gegenüber darauf verzichtet, Aufwertungseingänge als Einkommen zu betrachten. Damit verträgt sich schlecht, wenn unter Urt. — und noch dazu einseitig zuungunsten des Pflichtigen — auf dem Umwege über §§ 37, 83 dies Prinzip durchlöchert. Ich vermag das um so weniger gerade bei einem Nichtgewerbetreibenden zu verstehen, weil bei diesem selbst direkte Gewinne, die sich rein in der Vermögenssphäre abspielen, grundsätzlich steuerlich nicht beachtet werden (StW. 28 Nr. 554). Vorliegend handelt es sich nicht einmal um einen Gewinn. Was der Aktionär früher indirekt durch die Aktien bereits besaß, besitzt er jetzt in Geld oder in dem erhöhten Nominalbetrage.

f) Es gibt übrigens einen Fall, in dem positiv rechtlich eine Rückzahlung aus dem Grundkapital dennoch als Ertrag gilt, nämlich die Bauzinsen, wenigstens nach Pissel-Koppe, § 37, 5. Aufl., S. 476. Ich hege Zweifel. Jedenfalls unterliegen sie als bloße Rückzahlung nicht der Mindeststeuer des § 10 (StW. 30 Nr. 554). Man sieht, der Gedanke „Rückzahlung ist kein Einkommen" ringt um Anerkennung.

Dr. Ernst Fleck, Hannover.

Zu 8. 1. Mirre, StW. 1933, 203 bemerkt zu unserm Urt.: Der Fall läge genau so, als wenn die Aktionäre der AktG. die Aktien unentgeltlich zur Verfügung gestellt und die AktG. sie an den Gläubiger veräußert hätte. Sie hätten sich also noch zu etwas verpflichtet, das den Wert der hingegebenen Aktien beträglich erhöhen mußte. Die Entsch. sei deshalb keinesfalls unbillig.

2. Nach dem anschaulichen Bild von Mirre wird die Forderung in die AktG. eingebracht, die dann in sich als Schuldner-Gläubiger kompensiert. Was wenigstens ein Kaufmann wahrscheinlich nicht versteht, ist die entscheidende Bedeutung des Nominalwertes. Er wird darauf hinweisen, daß doch sonst bei Sacheinlagen deren Wert entscheide.

3. Man sieht, wo der erste Differenzpunkt liegt: Unser Kaufmann geht unwillkürlich bloß von sich aus. Unser Urt. umgekehrt nur von der Lage der AktG. als solcher. In diesem Punkte möchte ich dem RFH. beipflichten. § 6b spricht von Leistungen, die geeignet sind, den Wert der Gesellschaftsrechte zu erhöhen. Die günstige Veränderung der Lage der AktG. als solcher ist entscheidend, nicht das Opfer des Aktionärs.

Betrachtet man die Sache lediglich aus der Perspektive des Aktionärs, so würde beim Zusammenwirken mehrerer Personen bei

Forderung gegen Hingabe von 440 000 *RM* Aktien erworben hätten, diese Aktien aber bei der Notlage der AktG. nur wenige Prozent wert gewesen seien, könne auch der Verzicht nicht höher bewertet werden.

Daß der Verzicht auf ein Recht ebenso hoch zu bewerten sei wie das Recht selbst, ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Der gesetzlichen Steuer unterliegt, was dem Gesellschaftsvermögen von den Gesellschaftern zufließt. Für die AktG. kommt die Forderung daher nur als Schuld in Betracht. Der Grundsatz, den die BeschwF. aufstellen zu können meint, kann also nur dahin lauten, daß die Befreiung von einer Schuld ebenso hoch zu bewerten ist wie die Schuld selbst. Für den Gläubiger kann seine Forderung in Anbetracht der Schwäche des Schuldners einen vom Nennbetrag abweichenden Wert haben. Das ändert aber nichts an der Verpflichtung des Schuldners, die in vollem Umfange fortbesteht. Ihr Wert kann daher nur in dem bestehen, was der Schuldner rechtlich zu leisten verpflichtet ist. Damit stimmt es überein, daß die AktG. auch in ihrer Bilanz ihre Schulden nach dem Nennbetrag einzusetzen hat. Dementsprechend sind sie nach § 143 AO. a. F. mit dem Nennwert anzusetzen. Wenn dem die Einschränkung hinzugefügt wird „sofern nicht besondere Umstände einen höheren oder geringeren Wert begründen", so können darunter nur solche verstanden werden, die eine rechtliche Qualifikation der Schuld enthalten, wie etwa Langfristigkeit. In welchem Umfang die Leistungen des Gesellschafters den Wert der Gesellschaftsrechte erhöhen, ist für deren Besteuerung gleichgültig, da das Gesetz nur die Kapitalinvestition, nicht das Maß ihrer wirtschaftlichen Auswirkung trifft.

(RFH., Urt. v. 15. März 1932, II A 532/31.)

*

9. § 4 der 1. DurchfBO. z. AufbrUmlage 1931 v. 28. Juli 1931 (RGBl. I, 413); § 72 RAbgO. 1931. Ort der Leitung des Betriebs i. S. der Befreiungsvorschrift des § 4 der 1. DurchfBO. z. AufbrUmlage 1931 v. 28. Juli 1931 (RGBl. I, 413) ist bei einer Organgesellschaft nicht der Leitungsort der beherrschenden Gesellschaft, sondern der Ort, an dem die gesetzlichen Vertreter der Organgesellschaft (bzw. ihre Stellvertreter) tätig werden.

Als Ort der Leitung i. S. der Zuständigkeitsvorschr. der RAbgO. ist der Ort anzusehen, an dem sich der Mittelpunkt der gesamten geschäftlichen Oberleitung befindet (§ 2 Abs. 2 KörpSt-AusfBest., § 9 Abs. 2 RBewertVermStAusfBest. 1925). Diese Begriffsbest. ist nunmehr in die RAbgO. aufgenommen, und zwar in die Vorschr. des § 72, die die örtliche Zuständigkeit für die in den §§ 214, 215 RAbgO. n. F. bezeichneten gesonderten Feststellungen regelt, worunter u. a. die Einheitswertfeststellungen fallen (vgl. Nr. 2 a daselbst). Dem FinA. ist zuzugeben, daß diese Auslegung unbedenklich für die hier in Frage kommende Vorschr. des § 4 der 1. DurchfBO. zur Aufbringungsumlage 1931 übernommen werden kann. Wenn jedoch die RBeschw. des FinA. meint, bei Organgesellschaften komme es hiernach auf den Leitungsort der beherrschenden Gesellschaft an, so kann ihr hierin nicht gefolgt werden. Für das Gebiet der VermSt. und damit auch der Aufbringungsleistungen werden Organgesellschaften als steuerrechtlich selbständige Gesellschaften behandelt. Deshalb muß für sie als Ort der Leitung der Ort angesehen werden, an dem ihre gesetzlichen Vertreter bzw. deren Stellvertreter tätig werden. Für die Ansicht des FinA. kann auch nicht die Fassung der oben angeführten Vorschr. („Mittelpunkt der gesamten geschäftlichen Oberleitung") entscheidend sein. Dabei ist offenbar an Unternehmungen gedacht, die mehrere gewerbliche Niederlassungen haben; daß der Verordnungsgeber hierbei die Organgesellschaften im Auge gehabt hat, ist nicht anzunehmen.

(RFH., 3. Sen., Urt. v. 12. Jan. 1933, III A 37/32 S.)

---

einer Sanierung je nach den individuellen Verhältnissen die Opfer ganz verschieden sein. Die Steuer kann aber nur aus einem einheitlichen Gesichtspunkte festgesetzt werden. Sie ist keine bloße unorganische Addition vereinzelter verschiedenwertiger Summanden.

4. Damit ist aber nicht ohne weiteres die Richtigkeit des Grundsatzes unseres Urt. verbürgt. Das Gesetz spricht von einer Wertserhöhung der Gesellschaftsrechte. Also nicht jede Verbesserung der Lage der AktG. genügt, sondern nur eine solche, die sich beim Aktienkapital auswirkt. Siehe über diesen Unterschied StW. 1932 Nr. 1080. Ferner Bd. 14, 202; StW. 1930 Nr. 39; JW. 1930, 2736; ähnlich StW. 1931 Nr. 215 (Liquidation). Ferner genügt nur eine ökonomische Verbesserung, die durch Überlassung realer Werte entstanden ist, die Bestandteile des Vermögens der AktG. werden. Für eine AktG. sei die Beschaffung eines großen Remburskredites Lebensfrage. Der potente Hauptaktionär übernimmt die langfristige Bürgschaft. Die Kurse steigen. Aber Steuerpflicht tritt nach Bd. 18, 96 nicht ein.

5. Richtig ist auch, daß die Realleistung an die AktG. einen Wert für die AktG. selbst besitzen muß, also einen Teilwert. Jetzt aber trennen sich die Wege. Ich fasse die Erhöhung rein wirtschaftlich auf. Der RFH. läßt sich aber von einer formalen Erwägung leiten. Er sagt: In der Bilanz muß die Schuld der AktG. mit dem Nominalbetrage stehen; also ist auch die Wertserhöhung ihm gleich. Buchtechnisch ist das richtig. Aber:

a) Im gerichtlichen Vergleichsverfahren werden dem Hauptgläubiger und Aktionär A. 70% gestrichen. Soweit mir bekannt, erachtet man das nicht als steuerpflichtig. Man kann das so rechtfertigen, daß kein Verzicht, sondern ein Beschluß vorliegt. Wie steht es jedoch beim außergerichtlichen Akkorde, besonders wenn A. sich mit 10% begnügt oder ganz streicht? Aber wie die Steuerfreiheit angesichts unseres Urt. und des gleichen StW. 1928 Nr. 845 = JW. 1930, 354 begründen? Man müßte schon etwa sagen, es läge keine Einzelerklärung vor, also ein Verzicht, vielmehr eine Kollektivhandlung der Gläubigerschaft als solcher. Das ist etwas kühn.

b) JW. 1930, 354 hält Rheinstrom bei einem Teilerlaß § 6 für unanwendbar, wenn die Verzinsung und Amortisation des Restbetrages erhöhte werde; man dürfe den Verzicht nicht aus dem Zusammenhang reißen. Dasselbe muß doch wohl auch gelten, wenn A. das tut, um wirtschaftlich den Restbetrag zu retten. Er handelt als Gläubiger, nicht als Aktionär.

c) Aktionäre stellen ihre Aktien der AktG. zwecks anderweitiger Verwendung zur Verfügung. Ganz in meinem Sinne entscheidet nach StW. 1926 Nr. 641 nicht der Nominalbetrag, sondern der Kurs.

d) Die starre Betonung des Nominalbetrages kann für den Fiskus sogar schädlich sein. Jemand hat auf einer Fabrikparzelle eine 20 Jahre lang unkündbare Hypothek mit der Klausel, daß nicht bebaut werden darf. Der Hauptaktionär A. erwirbt die Hypothek, willigt in die vorzeitige Kündigung und läßt sie löschen. Für die AktG. ist der so bewirkte Fortfall der Baubeschränkung weit höher als das Hypothekenkapital.

6. Nach § 11 Abs. 2b ist grundsätzlich vom Werte der Leistung auszugehen. Ökonomisch ist der AktG. durch den Erl. nur der Wert zugeflossen, den die Forderung nach Maßgabe der Solvenz der AktG. hatte. Das tritt besonders prägnant beim Akkord hervor. Man darf nicht abstrakt denken, sondern, weil der subjektive Wert entscheidet, individuell. Die KapVerkSt. will die Zusammenballung von Kapitalien erfassen (StW. 1933 Nr. 76 Sp. 154 Zeile 24 ff. v. o.). Also etwas Reales, aber nicht bei einer halb bankrotten AktG. eine bloße Ziffer, die kein Kapital repräsentiert.

7. Von größter praktischer Bedeutung ist folgendes: Zwei Hauptaktionäre hatten ihre Fabrik an eine AktG. verpachtet. Für 1929 betrug die Pacht 73 000 *RM*. Sie wurde auf 45 000 *RM* nachträglich reduziert. Nach dem scharfen Grundsatz unseres Urt. sollte man meinen, die Steuer sei verwirkt. Allein StW. 1933 Nr. 81 stellt frei. Die Ermäßigung sei im Wege freier Vereinbarung ausschließlich unter dem Gesichtspunkte des Pachtvertrages erfolgt; nicht wegen der schlechten Bilanz, sondern wegen des allgemeinen Rückgangs der Pachten, des Leerstehens von Räumen bei der AktG. usw. Es läge kein Verzicht vor, sondern eine Änderung „nach Recht und Billigkeit". Mat hat die Empfindung, daß damit der Senat ihm unerwünscht erscheinende Folgen unseres Urt. abbiegen wollte. Man sieht, wie man künftig solche Sachen aufziehen muß. Man versucht darzulegen, daß A. weniger als Aktionär, vielmehr als Gläubiger gehandelt hat.

Dr. Ernst Fleck, Hannover.

Reichsversicherungsamt.

Berichtet von Senatspräsident Dr. Zielke, Landgerichtsdirektor Kersting, Berlin.

[** Wird in den Amtl. Nachrichten für Reichsversicherung (Neue Folge der Amtl. Nachrichten des RVersA.) abgedruckt.]

[O Wird in den „Entscheidungen und Mitteilungen", herausgegeben von Mitgliedern des RVersA. (EuM.), abgedruckt.]

a) Großer Senat.

1. § 1585 RVO. Hat der Versicherungsträger seine Entschädigungspflicht unter Bejahung des ursächlichen Zusammenhangs eines bestimmten Leidens mit dem Unfall bei der Feststellung der vorläufigen Rente anerkannt, so bleibt er daran bei der Feststellung der Dauerrente jedenfalls dann gebunden, wenn nur ein einziges Leiden als Unfallfolge in Frage kommt. Die Vorschrift des § 1585 Abs. 2 Satz 2 RVO., daß für diese Feststellung die vorher getroffene Feststellung der Grundlagen für die Rentenberechnung nicht bindend sei, trifft auf diesen Fall nicht zu.

Die Bekl. ist an die bei der Entsch. über die vorläufige Rente getroffene Feststellung, daß die Erkrankung und Versteifung der Wirbelsäule Unfallfolge sei, bei der Feststellung der Dauerrente gebunden. Das ergibt sich aus § 1585 Abs. 2 Satz 2 RVO. Bei den Erörterungen in der 16. Komm. des RT. über die

Einführung der vorläufigen Rente wurde von einer Seite bemängelt (KommBericht zum 6. Buche S. 99), daß nach dem vorgeschlagenen § 1565 b Abs. 2 bei Feststellung der Dauerrente noch einmal die Grundlagen der Rentenberechnung, insbes. die Berechnung des Jahresarbeitsverdienstes nachgeprüft werden könnten, weil auf diesem Wege Streitfragen noch einmal aufgerollt würden, die bereits bei Feststellung der vorläufigen Rente endgültig hätten geregelt werden können. Demgegenüber hat ein Regierungsvertreter unter besonderem Eingehen auf die bei Streit über den Jahresarbeitsverdienst sich ergebenden Möglichkeiten die bereits in der Entsch. des GroßSen. v. 7. Nov. 1914 wörtlich angeführte Erklärung abgegeben. Diese allerdings sehr weitgefaßte Erklärung kann aber doch nur im Rahmen der Worte „Grundlagen für die Rentenberechnung" verstanden werden. Es trifft auch zu, daß die Komm. den Streitigkeiten über den Jahresarbeitsverdienst eine unverhältnismäßig große, ihnen in Wirklichkeit nicht zukommende Bedeutung beigemessen hat. In der Rspr. des RVersA. steht es fest, daß bei der Feststellung der Dauerrente der im Verfahren über die vorläufige Rente angenommene Jahresarbeitsverdienst nachgeprüft und u. U. niedriger festgesetzt werden kann, als es während des Bezugs der vorläufigen Rente der Fall war. Auch darüber besteht schon im Hinblick auf den Wortlaut des § 1585 Abs. 2 Satz 2 RVO. kein Streit, daß der VersTr. bei Feststellung der Dauerrente das Maß der Erwerbsunfähigkeit auch bei gleichgebliebenem objektiven Befund — selbstverständlich in den Grenzen des pflichtmäßigen Ermessens — anders bewerten kann als bei der Feststellung der vorläufigen Rente. Anderseits ergibt die sehr eingehende Aussprache der Komm. über die Neuregelung des Verfahrens nichts darüber, daß nach neuem Rechte neben den Grundlagen der Rentenberechnung auch die Grundlagen des Rentenanspruchs als solchen bei der Feststellung der Dauerrente neu geprüft werden sollten. Das GewUVG. hatte in § 70 eine Einrichtung, die in der Praxis Vorbescheid genannt wurde. Dieser Vorbescheid, der dem Versicherten oder seinen Hinterbliebenen Gelegenheit geben sollte, zu der von dem VersTr. beabsichtigten Regelung des Entschädigungsanspruchs Stellung zu nehmen, besaß allerdings keinerlei für den VersTr. bindende Wirkung. Hatte aber der VersTr. demnächst den Entschädigungsanspruch durch den im § 75 GewUVG. vorgesehenen Bescheid anerkannt, so war mit der Rechtskraft des Bescheides der Anspruch für beide Teile endgültig festgestellt.

Es ist an sich durchaus unwahrscheinlich und aus dem Wortlaute des § 1585 Abs. 2 Satz 2, der nur von den Grundlagen für die Rentenberechnung spricht, nicht herzuleiten, überdies durch keine Stelle der einschlägigen Gesetzgebungsmaterialien zu belegen, daß die Absicht bestanden haben sollte, das aus der Rechtskraft der eigenen Entsch. des VersTr. herzuleitende Anerkenntnis des Rentenanspruchs als solchen bei der Einführung der vorläufigen Rente zu beseitigen. Ein VersTr. kann eine Rente nicht bewilligen, ohne die Frage zu bejahen, daß das Leiden, durch das er die Erwerbsfähigkeit als gemindert ansieht. Unfallfolge ist. Diese Frage gehört also zu dem Grunde des Rentenanspruchs überhaupt, ebenso wie die Fragen, ob ein Unfall vorliegt, ob er beim Betrieb eingetreten ist, ob der Kl. zu den versicherten Personen gehört und welcher VersTr. entschädigungspflichtig ist. In den letztgenannten vier Fällen ist in der Rspr. stets die erneute Nachprüfbarkeit bei der Feststellung der Dauerrente abgelehnt worden.

Solange nicht auf Grund eigener Entschließung des VersTr. oder kraft richterlichen Urt. feststeht, daß der Unfall eine Körperschädigung zur Folge gehabt hat, ist der Rentenanspruch dem Grunde nach streitig. Handelt es sich dagegen nur um den Grad der Beeinträchtigung durch diese Körperschädigung oder darum, ob ein weiteres Leiden Unfallfolge ist, so liegt ein Streit über die Höhe der Rente vor. An dieser Rspr. muß festgehalten werden; sie zwingt dazu, in Fällen der vorl. Art die Nachprüfung der Frage, ob ein bestimmtes Leiden Unfallfolge ist, bei der Feststellung der Dauerrente auszuschließen.

Da somit Wortlaut, Entstehungsgeschichte und gewichtige Rechtsgründe der von der Bekl. vertretenen Auffassung entgegenstehen, hat der Groß. Sen. den der Entsch. vorangestellten Grundsatz ausgesprochen.

Der Einwand der Bekl., die von dem Groß. Sen. geteilte Rechtsauffassung des 2. RekSen. führe zu unbilligen oder unpraktischen Ergebnissen, ist nicht gerechtfertigt. Zunächst muß verlangt werden, daß der VersTr. eine vorläufige Rente erst dann feststellt, wenn die Art des Leidens und sein ursächlicher Zusammenhang mit dem Unfall hinreichend geklärt ist. Selbstverständlich müssen die erforderlichen Ermittlungen im Interesse des Rentenberechtigten mit aller Beschleunigung durchgeführt werden (zu vgl. § 1545 Abs. 2 RVO). Die trotzdem sich ergebende Verzögerung der Rentenfeststellung kann dem Rentenberechtigten nicht erspart werden, wobei darauf hingewiesen werden mag, daß es weniger hart sein dürfte, einen Rentenanspruch von vornherein abzulehnen, als die Beteiligten zunächst an den Rentenbezug zu gewöhnen und die Rente dann nach zwei Jahren zu versagen. Falls der VersTr. ausnahmsweise trotz eingehender Prüfung unter Anwendung aller ihm zu Gebote stehenden Hilfsmittel nicht zu einer einwandfreien Klärung des Rentenanspruchs gelangen kann, bleibt es ihm überlassen, den Anspruch abzulehnen, damit im Rechtszug, insbes. unter Berücksichtigung des weiteren Verlaufs der Erkrankung, über den Anspruch entschieden werden kann.

(RVersA., Großer Senat, Urt. v. 10. Dez. 1932, Ia 5932/30 G, EuM. 33, 286.) [3.]

---

b) Einzelne Senate.

****02.** § 1279a RVO. Die Bescheinigungen der Ausweisung oder Verdrängung von Versicherten, die auf Grund der VO. über die Anrechnung von Beitragswochen in der Invalidenversicherung v. 7. Febr. 1925 (RGBl. I, 10) i. Verb. m. dem Erlaß des Min. f. Volkswohlfahrt v. 12. März 1925 (Volkswohlfahrt, Amtsbl. des PrMin. f. Volkswohlfahrt 1925, 124) von den Fürsorgestellen des Roten Kreuzes ausgestellt werden, sind auch für die Versicherungsbehörden bindend. †)

(RVersA., 3. RevSen., Urt. v. 23. Febr. 1932, IIa 7176/30[a].) [K.]

Abgedr. JW. 1933, 806[9].

*

Zu 2. Die Entsch. ist nicht haltbar.

Es liegt kein Grund vor, die Ersatztatsache — „Flüchtlingseigenschaft" — anders zu behandeln als die andern Ersatztatsachen, z. B. Krankheitswochen. Für ihren Nachweis sind „Bescheinigungen" vorgesehen. Diese können nach der herrschenden Meinung auch durch andere als die in § 1438 vorgesehenen Stellen erfolgen, durch Gleichhaftmachung auf jede andere Weise und in beliebiger anderer Form.

Solange also nicht zwingend vorgeschrieben ist, daß Bescheinigungen ganz bestimmter Art oder Bescheinigungen überhaupt vorzulegen sind, wird man zur Annahme berechtigt sein, daß auch hier der Nachweis in jeder beliebigen Weise geführt werden kann.

Die VO. des RArbM. v. 7. Febr. 1925 enthält über die Bescheinigungen nur den einen Satz:

„Die oberste Verwaltungsbehörde bestimmt das Nähere über die Bescheinigung der Ausweisung oder der Verdrängung und über einen Vermerk hierüber bei der Aufrechnung der Quittungskarten."

Hieraus kann nicht ohne weiteres geschlossen werden, daß die VO. eine Bescheinigung zwingend verlangt, vielmehr kann man diesen Satz der VO. auch so auslegen: wenn eine Bescheinigung verlangt wird, dann soll die oberste Verwaltungsbehörde die näheren Best. treffen. Dies gilt um so mehr, als zwar auch für den analogen Fall der Ersatztatsache „Krankheitswochen" und „geleistete Militärdienste" Bescheinigungen vorgesehen, aber nicht zwingend vorgeschrieben sind. Aber auch aus dem Erl. des preuß. WohlfMin. v. 12. März 1925 folgt das nicht. Er sagt: „Auf Grund der VO. bestimme ich, daß die darin vorgesehene Bescheinigung auf Antrag der Beteiligten durch die Fürsorgestellen des Roten Kreuzes nach dem beiliegenden Muster zu erfolgen haben."

Also nur, wenn sie beantragt werden, sind sie auszustellen; also auch hier ist nicht gesagt, daß die Bescheinigung zwingend ist. Auch die weiteren Best. der Anweisung sagen nicht, daß eine Bescheinigung erforderlich ist, und daß der Ausweis nicht auch anders nachgewiesen werden kann; vielmehr kann der Sinn nur der sein, daß die Bescheinigung des Roten Kreuzes als ausreichend für den Nachweis gelten soll. Wenn dann weiter gesagt wird, daß nach einer Auskunft des RM. für die besetzten Gebiete nur das Rote Kreuz imstande sei, die Bescheinigung zu erteilen, so hat das so lange keine Bedeutung, als nicht die Bescheinigung vorgeschrieben ist. —

Aber vorliegend handelt es sich nicht nur darum, daß eine Bescheinigung der Ausweisung nicht vorliegt — das wäre nach dem Ausgeführten unerheblich —, sondern es handelt sich darum, daß dem Kl. die Bescheinigung von der Fürsorgestelle des Roten Kreuzes versagt worden ist; damit hat sie ihm die Flüchtlingseigenschaft nicht zuerkannt, er gilt nach ihrer Ansicht nicht als „verdrängt". —

Die entscheidende Frage ist nun die: sind die Versicherungsbehörden an den Bescheid gebunden?

Für diese gilt entsprechend den Grundsätzen über das Verfahren nach der RVO. das Untersuchungsprinzip, d. h. die Versicherungsbehörde hat von Amts wegen den Sachverhalt klarzustellen, es ist die materielle Wahrheit zu erforschen; es gibt im Versicherungsprozeß wie im Strafprozeß weder Parteieid noch gesetzliche Beweisregeln, es gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung.

Die Entsch. des RVersA. nimmt an, daß der Bescheid des „Roten Kreuzes" für die Versicherungsbehörden bindend sei; es übernimmt also ohne weiteres die Entsch. des Roten Kreuzes, ohne selbst die Frage der Flüchtlings- oder Verdrängungseigenschaft überhaupt einer Prüfung zu unterziehen. Damit ist der Verfahrens-

3. § 1577 RVO. setzt voraus, daß der Sachverständige sich in einem Termin nicht einfindet oder in dem Termin die Aussage oder die Eidesleistung ohne Angabe eines Grundes oder, nachdem der vorgeschützte Grund rechtskräftig für unerheblich erklärt ist, verweigert. Auf den Fall, daß ein Arzt das von ihm erforderte schriftliche Gutachten nicht in der ihm gesetzten Frist erstattet, trifft § 1577 nicht zu.

Aus den §§ 1679, 1574 RVO., auf die das OVersA. Bezug nimmt, ergibt sich, daß im Verfahren vor dem OVersA. die Vorschr. der ZPO. über die Pflicht, als Sachverständiger zu erscheinen, sich vernehmen und vereidigen zu lassen, entsprechend gelten. Die ZPO. regelt die Verpflichtung eines gem. § 407 zum Sachverständigen Ernannten, der Ernennung Folge zu leisten, wobei in den §§ 408, 383 bis 385 die Gründe, die zur Verweigerung des Gutachtens berechtigen, aufgezählt und für den Fall des Nichterscheinens oder der Verweigerung des Gutachtens ohne gesetzlichen Grund in § 409 Ordnungsstrafe angedroht wird. Diese Vorschr. sind also auf die Vorladung eines Sachverständigen zu einem gerichtlichen Termin abgestellt, und nur für diesen Fall enthält auch § 1577 RVO. entsprechende Strafvorschr. In der ZPO. ist außerdem der Fall der schriftlichen Gutachtensabgabe ausdrücklich geregelt. Nach § 411 Abs. 1 ZPO. hat der Sachverständige auf Anordnung des Gerichts ein schriftliches Gutachten innerhalb der ihm gesetzten Frist einzureichen. Die Versäumung dieser Frist ist in § 411 Abs. 2 ZPO. besonders unter Strafe gestellt. Die RVO. enthält dagegen keine Vorschr., die den Sachverständigen zur Erstattung eines schriftlichen Gutachtens innerhalb der von einer Spruchbehörde gesetzten Frist verpflichtet, obwohl fast alle ärztlichen Gutachten im Spruchverfahren auf schriftlichem Wege erstattet werden. Es geht auch nicht an, den § 411 der ZPO. als im § 1574 der RVO. mitenthalten anzusehen, weil diese Vorschr., wie dargelegt, nur den Fall einer gerichtlichen Vernehmung regelt. Ebensowenig ist es angängig, die Bestrafung des säumigen Arztes auf den § 411 Abs. 2 ZPO. zu stützen, weil nach allgemeinen Grundsätzen des Strafrechts eine Strafvorschr. auf einen von ihr nicht ausdrücklich erfaßten Tatbestand nicht sinngemäß angewendet werden darf.

Den vom OVersA. ausgesprochenen Strafen fehlt daher die gesetzliche Grundlage. In Fällen dieser Art ist der säumige Arzt vom OVersA. selbst oder durch Ersuchen des VersA. zur Vernehmung vorzuladen; in dem einen wie in dem anderen Falle steht alsdann die Strafvorschr. des § 1577 der RVO. zu Gebote.

Wenn die Verzögerung eines von einem Arzte geforderten schriftlichen Gutachtens nicht einen nach § 1577 der RVO. strafbaren Tatbestand erfüllt, so ist eine gleichwohl ergehende Strafverfügung nicht eine Entsch. i. S. des § 1577 Abs. 2 RVO., und es wird deshalb auch nicht die in § 1576 Satz 2 vorgesehene Beschwerdefrist von einer Woche, sondern die für die Beschw. gegen Entsch. der Spruchbehörden (§§ 1792, 1793 RVO.) allgemein vorgesehene Frist von einem Monat (§ 128 Abs. 1 RVO.) in Lauf gesetzt.

(RVersA., Beschl. v. 19. Dez. 1932, I 1662 B 32, EuM. 33, 284.) [Z.]

---

grundsatz der Erforschung der materiellen Wahrheit verletzt. Wir legten oben dar, daß aus den beiden VO. keineswegs hervorgeht, daß der Nachweis der Ausweisung nicht auch anders als durch Bescheinigungen geführt werden kann; darum kann die Versicherungsbehörde sich auch keinesfalls mit dem Versagen der Bescheinigungen seitens des „Roten Kreuzes" zufrieden geben; dem Kl. muß die Möglichkeit gegeben sein, den Nachweis auch in anderer Weise zu führen. Der Erlaß sagt nicht, daß Übereinstimmung besteht zwischen dem unter die VO. fallenden Personenkreis und den vom „Roten Kreuz" betreuten Personen, sondern den vom „Roten Kreuz" zu betreuenden. Es bleibt also ein Spielraum für die Prüfung, ob die Person nicht zu den vom Roten Kreuz zu betreuenden Personen gehört. Hinzu kommt, daß die VO. des RArbM. selbst mit keinem Wort auf die Richtlinien des „Roten Kreuzes" Bezug nimmt, vielmehr selbst unabhängig von den Richtlinien des „Roten Kreuzes" die Voraussetzungen für die Anrechnung der Ersatztatsache aufstellt und damit selbständig den Personenkreis umschreibt, für den sie in Frage kommt. Alles spricht also dafür, daß die Versicherungsbehörde auch selbständig prüfen und entscheiden kann. Aber selbst wenn der Bescheid des „Roten Kreuzes" bindend wäre, also mehr oder weniger Urkundeneigenschaft besäße, würde die Beweiskraft dieser Urkunde nur bis zum Beweis des Gegenteils gelten. Selbst einer öffentlichen Urkunde gegenüber gilt für den sozialen Versicherungsprozeß die Wahrheitsmaxime, d. h. auch einer öffentlichen Urkunde gegenüber ist das Recht des Gegenbeweises, ein „unbegründetes Bestreiten", unbenommen (RVersANachr. 1907, 467; 1904, 420).

Hiernach ist also weder eine Bescheinigung über die Ausweisung zwingend — vielmehr kann wie bei den anderen Ersatztatsachen der Nachweis in jeder geeigneten Weise erfolgen —, noch auch ist die Versicherungsbehörde an den Bescheid des „Roten Kreuzes" gebunden. Vielmehr gelten die allgemeinen Verfahrensgrundsätze der RVO. auch hier; der Sachverhalt ist von der Versicherungsbehörde von Amts wegen aufzuklären und die Beweiserhebung von Amts wegen vorzunehmen.

Prof. Dr. Schmittmann, Köln.

II. Länder.

1. Oberverwaltungsgerichte.

Preußen.

Preußisches Oberverwaltungsgericht.

Berichtet von SenPräs. Geh. RegR. von Kries u. RA. Dr. Görres, Berlin.

1. Sicherungsübereignung. Eine Eigentumsübertragung, die lediglich zur Sicherung bestimmt ist, schließt die Vereinbarung eines für die Wertzuwachssteuer maßgebenden Preises aus, weil der Zweck einer solchen Übereignung der Vereinbarung eines Kaufpreises entgegensteht. An Stelle des Preises tritt nach der Berl. StO. der gemeine Wert.

Nach den übereinstimmenden Erklärungen der Parteien bedeutete die Abtretung des Geschäftsanteils an der GmbH. seitens S. an die Kl. lediglich eine Sicherungsübereignung.

Daß auch die Sicherungsübereignung der ZuwStPflicht unterliegt, ist unzweifelhaft und vom Gerichtshof in ständiger Rspr. bejaht worden. Die Übertragung von Anteilen an einer GmbH. zur Sicherung schließt aber die Annahme eines für die WertzuwSt. maßgebenden Veräußerungspreises aus, weil der Zweck solcher Übertragung der Vereinbarung eines festen Preises entgegensteht. Für die Wertermittlung hat in einem solchen Falle gem. § 3 Abs. 6 BerlStO. an die Stelle des nicht vereinbarten Preises der gemeine Wert im Zeitpunkt der Veräußerung zu treten.

(PrOVG., 7. Sen., Entsch. v. 21. Okt. 1932, VII C 232/31.)

*

2. Grundstückszubehörsteuerpflicht. Eine Zubehörsteuerordnung darf der rechtsgeschäftlichen Veräußerung von Zubehör, die durch Zwangsversteigerung des Grundstücks erfolgte, als steuerpflichtigen Vorgang gleichstellen. Eine solche Gleichstellung ist darin erkennbar, daß die Steuerordnung einzelne Sonderfälle der Zwangsversteigerung unter den besonders ausgenommenen steuerfreien Rechtsvorgängen aufführt.

Streitig ist nur die Frage, ob ein Erwerb im ZwVerstVerf. eine ZubehörStPfl. gemäß der StO. auslösen kann. Das ist im Gegensatz zu dem ersten Richter zu bejahen.

Die Autonomie des örtlichen Steuergesetzes erstreckt sich auch auf die Heranziehung eines originären Eigentumserwerbs zur Zubehörsteuer. Es ist daher eine Tatfrage, ob im einzelnen Fall die StO. auch solche Fälle erfassen will. Im vorl. Falle ist das zu bejahen.

Mit Recht ist allerdings der erste Richter davon ausgegangen, daß die grundsätzliche Voraussetzung, an die die StO. eine Steuerpflicht knüpft, ein „Veräußerungsgeschäft" ist. Als solches Veräußerungsgeschäft faßt die StO. aber auch den Erwerb im ZwVerst-Verf. auf.

Es ist das zu entnehmen aus dem § 9 Ziff. 3 StO., welcher mit Bezug auf Veräußerungen auf Grund von Verträgen, die zwischen Miterben oder Teilnehmern an einer ehelichen oder fortgesetzten Gütergemeinschaft zum Zweck der Teilung der zum Nachlaß oder zum Gesamtgut gehörenden Gegenstände geschlossen werden, besagt: „Die Steuer wird nicht erhoben ... bei ‚Veräußerungen' auf Grund eines Zuschlages, der ... bei Teilung im Wege der Versteigerung einem Miterben oder Teilnehmer erteilt wird."

Es würde für den örtlichen Gesetzgeber kein Anlaß vorgelegen haben, den Erwerb in der ZwVerst. in diesem einen Spezialfalle für steuerfrei zu erklären, wenn er nicht generell die Steuerpflicht zur Veräußerung im Wege der ZwVerst. voraussetzte.

(PrOVG., 7. Sen., Erk. v. 28. Okt. 1932, VII C 236/31.)

*

3. Wertzuwachssteuer. § 5 Abs. 4 Nr. 5 PrGrErwStG. Ermächtigung, ein Grundstück auf eigene Rechnung zu verkaufen. Gelten nach einer WZuwStO. als steuerpflichtige Veräußerungsgeschäfte auch die im § 5 Abs. 4 GrErwStG. aufgeführten Geschäfte, so ist ein Rechtsvorgang solcher Art auf einer darauffolgenden Weiterveräußerung des Grundstücks als Erwerbsgeschäft gegenüberzustellen. Eine Ermächtigung zur Grundstücksveräußerung auf eigene Rechnung (§ 5 Abs. 4 Nr. 5 GrErwStG.) kann auch in der Form

des Mäklervertrages erteilt sein, wenn der Auftraggeber dem Beauftragten gegenüber zur Annahme jeder von diesem vermittelten Offerte verpflichtet ist. Eine solche rechtliche Bindung des Auftraggebers kann sowohl durch eine unmittelbare Verpflichtung zum Kaufabschluß als auch durch andere Vereinbarungen begründet werden, die dem Auftraggeber die Ablehnung der Offerte tatsächlich unmöglich machen.

Durch privatschriftliches, als „Maklervertrag" bezeichnetes Abkommen v. 5. Juli 1929 beauftragte der Landmann S. den Kaufmann A. mit dem Verkauf seines Grundbesitzes in H. ohne Zubehör. Als Kaufpreis sollten für S. 30000 GM. erzielt werden und der überschießende Erlös dem A. verbleiben. Von dem zu erzielenden Kaufpreis waren nach dem Vertragsinhalt 7000 GM. bereits durch Verrechnung mit A. erledigt. Zu einer selbständigen Verfügung über den Landbesitz sollte A. nicht befugt sein. S. hielt sich an den Auftrag unwiderruflich bis zum 1. Mai 1930 dergestalt gebunden, daß er dem A. „die volle vertragsmäßige Provision auch dann zahlen werde, wenn er — S. — ein diesem Auftrage entsprechendes Kaufangebot nicht annehmen sollte". A. hatte die Verrechnung mit den Käufern vorzunehmen, für deren Zahlungsfähigkeit er einzustehen hatte. Auch die Kosten des „Maklervertrages" einschließlich etwaiger Steuern und Stempel trug er. In notarieller Verh. v. 3. Sept. 1929 nahm darauf S. ein notarielles Kaufangebot des Landwirts K. v. 31. Aug. 1929 an, inhalts dessen dieser den Grundbesitz mit Erntevorräten, aber ohne Inventar für 40000 GM. erwarb. Aus diesem Anlaß zog der bekl. KrAussch. den A. auf Grund der WZuwStO. zur Steuer heran, indem er das Abkommen zwischen S. und A. als ein nach § 2 Buchst. a StO. i. Verb. m. § 5 Abs. 4 GrErwStG. steuerpflichtiges Rechtsgeschäft und demgemäß bei dem endgültigen Verkauf des Grundstücks den A. steuerrechtlich als Veräußerer ansah. A. wurde auf seine Klage vom BezAussch. von der Steuer freigestellt. Das OVG. gab der Rev. des Bekl. statt.

Der BezAussch. verneint die Steuerpflicht des Kl. mit der Begr., daß das als „Maklervertrag" bezeichnete Abk. v. 5. Juli 1929 wegen fehlender Genehmigung gemäß VO. v. 15. März 1918 (RGBl. 123) als Zwischenveräußerungsvertrag rechtsunwirksam sei und deswegen zuwachssteuerrechtlich nicht als Erwerbsvorgang einer seitens des Kl. erfolgten Weiterveräußerung gegenübergestellt werden könne. Dem ist nicht beizutreten. Nach jener VO. bedarf der behördlichen Genehmigung die Auflassung ... sowie jede Vereinbarung, welche ... die Verpflichtung zur Übereignung eines Grundstücks der dort gekennzeichneten Art zum Gegenstande hat. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob nach dieser Vorschr. die Genehmigungspflicht sich auf alle im § 5 Abs. 4 GrErwStG. gen. Rechtsgeschäfte, insbes. auf solche der unter Nr. 5 das. bezeichneten Art erstreckt (vgl. Scholz, Handb. d. gesamt. öffentl. Grundstücksrechts, 1. Lief. S. 19 Anm. bb; Bergbohm-Wagemann, PrGrVerkG. S. 14 Anm. 1; Wenzel, desgl. S. 52 Anm. 10; Wolffohn, desgl. S. 19 Anm. 3; RG. 118, 113 ff., 120; 129, 150 ff.[1])). Soweit eine Genehmigung nicht erforderlich wäre, würde die Steuerpflicht ohne weiteres immer dann begründet sein, wenn ein Tatbestand der im § 5 Abs. 4 a. a. O. bezeichneten Art gegeben ist, da eben nicht nur die eine Übereignungsverpflichtung unmittelbar begründenden Veräußerungsverträge im bürgerlich-rechtlichen Sinne der Steuer unterworfen, sondern hier Ersatztatbestände gegeben sind, die „auch" als Veräußerungsgeschäfte i. S. des § 5 Abs. 1 anzusehen, steuerrechtlich also ausdrücklich jenen Geschäften gleichgestellt sind. Soweit aber diese Ersatztatbestände zugleich als genehmigungspflichtig gemäß der VO. v. 15. März 1918 gelten müssen, können sich die Steuerpflichtigen nach der mit der Stellungnahme des RFH. übereinstimmenden Rspr. des OVG. auf Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts wegen mangelnder Genehmigung nicht berufen, wenn sie, wie hier, das Geschäft in seinen wirtschaftlichen Wirkungen nicht rückgängig gemacht, sondern es wirtschaftlich aufrechterhalten haben (OVG. 88, 123; R.- u. PrVerwBl. 53, 313; RFH. 12, 100; 22, 94). Demgegenüber ist es nicht von Bedeutung, daß das OLG. Kiel in einem Falle einen Vertrag ähnlichen Inhalts, der aber hinsichtlich der Grundstücksübereignungspflicht nicht restlos erfüllt war, wegen fehlender Genehmigung bürgerlich-rechtlich für unwirksam erklärt hat. Im vorl. Falle ist das Geschäft unstreitig entsprechend den im Vertrage v. 5. Juli 1929 getroffenen Abmachungen zur Ausführung gekommen. Auf Grund der vom Kl. geführten Verh. ist zwischen S. und dem Erwerber K. ein Kaufvertrag abgeschlossen und ist K. am 1. April 1930 als Eigentümer im Grundbuch eingetragen worden. Der über den im „Maklervertrag" festgesetzten Betrag hinaus erzielte Erlös ist dem Kl. zugeflossen.

Kann sich hiernach Kl. gegenüber der auf § 2 Buchst. a StO. und § 5 Abs. 4 GrErwStG. gestützten Steuerforderung nicht mit Erfolg auf die fehlende behördliche Genehmigung des Erwerbsgeschäfts berufen, so steht der Anwendung dieser Vorschr. auch nicht der Mangel einer etwa nach § 313 BGB. grundsätzlich für erforderlich zu erachtenden gerichtlichen oder notariellen Beurkundung entgegen. Bei Unterstellung der Notwendigkeit solcher Beurkundungsform (RG. 79, 212; RFH.: StW. VII 2 Nr. 278) muß der Formmangel des „Maklervertrages" zwischen S. und dem Kl. als dadurch geheilt gelten, daß dieses Abkommen tatsächlich zur Veräußerung des Grundstücks geführt hat und daraufhin der Erwerber K. als Eigentümer im Grundbuch eingetragen worden ist (§ 313 Satz 2 BGB.). Unabhängig von der Frage des Erfordernisses einer behördlichen Genehmigung würde also jedenfalls der Formmangel der Gültigkeit des der Besteuerung als Erwerbsgeschäft zugrunde gelegten Rechtsvorganges nicht entgegenstehen (vgl. RFH. 12, 258, 260 ff.).

Zu prüfen blieb also, ob ein Tatbestand des § 5 Abs. 4 GrErwStG., und zwar als hier allein in Betracht kommend derjenige der Nr. 5 das. gegeben ist. Die Anwendbarkeit dieser im § 2 Buchst. a StO. in Bezug genommenen Vorschr. wird durch die im § 18 Abs. 2 StO. getroffene Regelung einer unter Umständen gegebenen Haftbarkeit des Bevollmächtigten oder Vermittlers für einen Steuerteilbetrag nicht ausgeschlossen. Nach § 18 Abs. 2 ist die Haftpflicht eines Dritten in jedem Falle begründet, in dem ein solcher bei dem Zustandekommen des Geschäfts mit der Maßgabe mitgewirkt hat, daß der einen gewissen Betrag übersteigende Teil des Preises ihm verblieb, ohne daß aber die Besonderheiten des § 5 Abs. 4 Nr. 5 GrErwStG. gegeben zu sein brauchen. Die Haftpflicht könnte daher schon auf Grund eines einfachen Mäklervertrages i. S. des § 652 BGB. gegeben sein, während ein solcher allein noch nicht genügen würde, eine selbständige Steuerpflicht nach § 2 Buchst. a StO. i. Verb. m. § 5 Abs. 4 GrErwStG. zu begründen.

Im vorl. Falle geht nun der Vertrag v. 5. Juli 1929 schon dadurch über den Rahmen eines Mäklervertrages i. S. des § 652 BGB. hinaus, daß dem Kl. die vertragsmäßige Provision, d. h. ein Betrag in Höhe des die Mindestsumme von 30000 GM. übersteigenden Teils des Preises, nicht nur für den Fall des Zustandekommens der Veräußerung, sondern auch dann versprochen worden ist, wenn S. „ein diesem Auftrage entsprechendes Kaufangebot nicht annehmen sollte". Diese Best. i. Verb. m. den sonstigen Abmachungen ergibt vertragliche Bindungen des S. gegenüber dem Kl., welche die Anwendung des § 5 Abs. 4 Nr. 5 GrErwStG. gerechtfertigt erscheinen lassen. Nach der Rspr. des RFH., der zu folgen war, kommt es bei Beantwortung der Frage, ob jemand ermächtigt worden ist, ein Grundstück auf eigene Rechnung zu veräußern, nicht sowohl auf den Umfang der nach außen wirkenden Vollmacht an, als vielmehr auf das Innenverhältnis des Ermächtigten zum Grundstückseigentümer. Die Ermächtigung kann — wie im vorl. Fall — auch in die Form eines Auftrags gekleidet sein. Sie braucht sich auch nicht auf die Befugnis zum selbständigen Vertragsabschluß zu erstrecken. Wesentlich ist, daß, wenn keine förmliche Veräußerungsvollmacht vorliegt, der Auftraggeber verpflichtet ist, mit dem ihm von dem Beauftragten zugeführten Kaufliebhaber einen Kaufvertrag für Rechnung des Beauftragten abzuschließen (RFH. 5, 202; RFH. v. 2. Nov. 1926: StW. VI 2 Nr. 106; Lion, GrErwStG., II. Aufl., S. 121 ff.; Hagelberg-Krämer, WZuwStR. S. 29 Anm. 11). Eine solche Verpflichtung des S. ist aber im vorl. Fall aus dem Vertrage v. 5. Juli 1929 zu entnehmen. S. hatte sich an den Auftrag bis zum 1. Mai 1930 gebunden, und zwar unter Übernahme einer als Vertragsstrafe anzusehenden Zahlung in vorerst ungewisser Höhe für den Fall der Nichtannahme eines ihm auftragsgemäß gemachten Angebots. Dem Kl. blieb nicht nur die Vermittlung der Veräußerung des Grundstücks im ganzen oder geteilt, sondern auch die Verrechnung mit den Käufern überlassen. Von dem für S. lediglich zu erzielenden Erlös von 30000 GM. war ein Betrag von 7000 GM. bereits durch Verrechnung mit dem Kl. erledigt. Diese Vereinbarungen enthielten so starke Bindungen für S., daß eine Ablehnung des Kaufabschlusses durch ihn wirtschaftlich gar nicht in Betracht kommen konnte. Insbes. mußte sich die Vereinbarung einer Vertragsstrafe in ziffernmäßig unbegrenzter Höhe als denkbar stärkste Bindung auswirken, indem von vornherein dem S. nur die Wahl gelassen wurde, entweder den ihm vertragsmäßig angebotenen Kauf abzuschließen oder dem Kl. Schadensersatz in voller Höhe des diesem sonst entgehenden Gewinnes zu leisten. Eine solche durch besondere Vereinbarungen bewirkte tatsächliche Bindung des Auftraggebers ist mindestens ebenso stark wie eine bloß rechtliche Bindung zur Annahme jeder von dem Beauftragten vermittelten Offerte. Es muß deswegen als feststehend angesehen werden, daß der Wille der Vertragsbeteiligten darauf gerichtet war, eine Verpflichtung des S. gegenüber dem Kl. zum Verkauf auf dessen Rechnung zu begründen, während dieser seinerseits dem S. gegenüber für die Zahlungsfähigkeit der Käufer einzustehen und auch die Kosten der Kaufverträge ihm „von der Hand zu halten" hatte. Ein Vertrag solchen Inhalts enthält aber, wie oben dargetan, alle Merkmale eines steuerpflichtigen Rechtsvorganges i. S. des § 2 Buchst. a StO., § 5 Abs. 4 Nr. 5 GrErwStG.

Aus dem System des Zuwachssteuerrechts, der Gegenüberstellung von Erwerbs- und Veräußerungsgeschäften, ergibt sich als zwingender Schluß, daß ein Zwischengeschäft, dem vom Gesetzgeber die Bedeutung eines steuerpflichtigen Ersatztatbestandes beigelegt worden ist, im Falle darauffolgender Weiterveräußerung ihr als Erwerbsgeschäft gegenübergestellt werden muß und daß demgemäß derjenige, der steuerrecht-

[1]) JW. 1930, 2950.

lich auf Grund jenes Zwischengeschäfts als Erwerber gilt, bei der jetzt steuerpflichtigen Veräußerung als Veräußerer anzusehen ist (vgl. OVG. 87, 145; 88, 132 ff., 135).

(PrOVG., 7. Sen., Entsch. v. 18. Nov. 1932, VII C 190/31.)

*

4. Ortsrecht. §§ 10 ff. EinfG. zum NeugliedG. v. 29. Juli 1929 (GS. 137). Unter Ortsrecht i. S. d. §§ 10 ff. EinfG. zum NeugliedG. v. 29. Juli 1929 (GS. 137) kann bei der klaren Unterscheidung zwischen Orts- und Kreisrecht nur das bisher geltende Recht der Ortsgemeinde verstanden werden. Ist also eine Gemeinde durch das NeugliedG. mit anderen zu einer neuen Gemeinde zusammengeschlossen worden, so bleiben für die Übergangszeit nach dem Zusammenschluß die Steuergesetze des Landkreises, dem jene Gemeinde bisher angehörte, für den ihm entsprechenden Teil des neugebildeten Gemeinwesens nicht mehr in Kraft. †)

Kl. hat seinen Wohnsitz in der früheren Stadtgemeinde Ohligs, die zum Landkr. Solingen gehörte. Durch § 21 Ges. über d. kommunale Neugliederung d. rhein.-westfäl. Industriegebiets v. 29. Juli 1929 (GS. 91) — abgekürzt „Neugliederungsgesetz" — ist der Landkr. Solingen aufgelöst, und durch § 33 a. a. O. ist Ohligs mit anderen Stadtgebieten zu einer Stadtgem. und einem Stadtkr. mit Namen Solingen zusammengeschlossen worden. Der bekl. Bürgermeister der Stadt Solingen hat am 15. April 1930 den Kl. auf Grund der BierStO. des aufgelösten Landkr. Solingen v. 29. April 1927 für die Monate August bis November 1929 zur Biersteuer herangezogen. Der Einspruch des Kl. hiergegen blieb ebenso wie seine Klage ohne Erfolg. Auf Rev. stellte das OVG. den Kl. von den veranlagten Steuern frei.

Zur Entsch. steht die Frage, ob Kl. auch noch für die Zeit nach den durch das Neugliederungsgesetz mit dem 1. Aug. 1929 wirksam gewordenen Änderungen in der kommunalen Zugehörigkeit der Gemeinde Ohligs auf Grund der BierStO. des aufgelösten Landkr. Solingen von dem Bekl. herangezogen werden konnte. Maßgebend für die Beantwortung dieser Frage ist der unter Abschn. IV mit der Überschrift „Orts- und Kreisrecht" zu suchende § 11 EinfG. z. NeugliedG. v. 29. Juli 1929 (GS. 137) i. d. Fass. des Ges. v. 28. Jan. 1930 (GS. 15). Er lautet in Abs. 1: „In den Gebieten, die durch die kommunale Neugliederung zu einer neuen Gemeinde zusammengeschlossen werden, bleibt das in jedem Gebietsteile bisher geltende Ortsrecht vorläufig in Kraft. Es tritt zwölf Monate nach dem Zusammenschluß außer Kraft, sofern nicht schon vor diesem Zeitpunkte das bisherige Ortsrecht durch neues Ortsrecht außer Kraft gesetzt wird. Soweit neues Ortsrecht vor Ablauf von zwölf Monaten nach dem Zusammenschluß nicht geschaffen wird, kann die Beschlußbehörde bis zum Erlaß neuen Ortsrechts die erforderlichen Satzungen, Ordnungen und Beschlüsse beschließen." Die Parteien streiten darüber, ob unter „Ortsrecht" i. S. dieser Vorschr. auch die Steuergesetze eines Landkr. zu verstehen sind, die bisher für die kreisangehörigen, nunmehr zu einem neuen Gemeindewesen zusammengeschlossenen Gemeinden in Geltung waren. Der BezAussch. hat die Frage bejaht und ist deshalb zur Klageabweisung gelangt. Er geht zutreffend davon aus, daß sich eine in Wissenschaft und Rspr. fest umgrenzte Best. des Begriffs „Ortsrecht" nicht entwickelt hat. Er will hierunter jede öffentlich-rechtliche Norm sowohl einer Gemeinde als auch eines Gemeindeverbandes verstanden wissen, indem das Ortsrecht im Gegensatz zu Reichs- und Landesrecht zu setzen sei. Es ist nicht zu leugnen, daß im allgemeinen verwaltungsrechtlichen Sprachgebrauch der Begriff „Ortsrecht" in dieser Weise verwendet wird, und es trifft insbes. auch zu, daß der Gerichtshof zuweilen KreisStO. als Ortsrecht bezeichnet hat (vgl. OVG. 83, 83). Andererseits ist z. B. in OVG. 83, 79 von „Orts- und Kreisgesetz" die Rede. Aus solcher gelegentlichen Ausdrucksweise ist aber weder nach der einen noch nach der anderen Richtung ein für den vorl. Fall brauchbarer Schluß zu gewinnen. Denn der Gerichtshof hatte bei diesen Entsch. keinen bestimmten gesetzlich verwendeten Begriff des Ortsrechts auszulegen.

Es kam daher ausschließlich darauf an, welche Bedeutung das hier zur Erörterung stehende EinfG. dem Begriff Ortsrecht beimißt. Der BezAussch. hat sich insoweit mit dem Hinweis begnügt, daß die Überschrift des Abschn. IV „Orts- und Kreisrecht" zu keinem zwingenden Schluß dahin nötige, als habe der Gesetzgeber zwischen beiden Arten von Recht unterscheiden wollen. Dem würde beigetreten werden können, wenn nicht der Inhalt der in Frage kommenden Best. erkennen ließe, daß diese Unterscheidung tatsächlich gemacht und folgerichtig durchgeführt wird. Die §§ 10 u. 11 behandeln die Gemeinden, und zwar betrifft § 10 den Fall der eigentlichen Eingemeindung, § 11 den des Zusammenschlusses mehrerer Gemeinden zu einer neuen. Hier ist stets nur vom Ortsrecht die Rede. Erst in den §§ 12 u. 13 werden die Verhältnisse der Landkr. geregelt, und deren Recht wird als Kreisrecht bezeichnet. Berücksichtigt man dies, so kann man auch nicht an der Überschrift „Orts- und Kreisrecht" vorbeigehen. Da somit die Unterscheidung klar durchgeführt wird (vgl. auch die im § 15 EinfG. erfolgte scharfe Abgrenzung der OrtsPolVO. von den Kreis- und RegPolVO.), so konnte nicht angenommen werden, daß in den §§ 10 u. 11 unter Ortsrecht auch das Kreisrecht mitverstanden werden sollte. Auch der Runderl. d. MdJ. v. 25. Juli 1929 (MBliV. 631) steht der Auffassung des Vorderrichters nicht zur Seite. Denn zu V das. ist noch deutlicher, als im Gesetz, zwischen Ortsrecht und Kreisrecht unterschieden. Abs. 3 ist vom Kl. richtig dahin ausgelegt worden, daß in den neuen Gemeinden das alte Ortsrecht, in den neuen Amtsbezirken das alte Amtsrecht und in den neuen Landkr. das alte Kreisrecht vorläufig in Kraft bleiben solle. Es war ferner zu bedenken, daß es sich um eine Ausnahmeregelung handelt, zumal wenn das Gemeinwesen, dessen Ortsrecht kraft einer Art Fiktion noch angewendet werden soll, in Wirklichkeit nicht mehr besteht. Der Landkr. Solingen ist aufgelöst. Soll sein Recht für die zu einer neuen Gemeinde mit anderen zusammengeschlossenen Gemeinde Ohligs, d. h. den entsprechenden Teil der Stadt Solingen weitergelten, so hätte eine entsprechende ausdrückliche Best. getroffen werden müssen, was mit Leichtigkeit in der Weise geschehen konnte, daß im § 11 statt Ortsrecht „Orts- oder Kreisrecht" gesagt worden wäre. Der erk. Sen. nimmt zwar auch an, daß die Absicht des Gesetzgebers dahin ging, allgemein für eine gewisse Übergangszeit das bisherige Recht in Geltung zu lassen. Diese mutmaßliche Absicht hat aber im Gesetz keinen Ausdruck gefunden, und zwar offenbar deshalb, weil der Fall des Zusammenschlusses von Gebieten zu einem neuen Stadtkr. nicht berücksichtigt worden ist; § 13 a. a. O. behandelt nur den Zusammenschluß zu einem neuen Landkr.

Diese Gesetzeslücke hätte vielleicht vom Verwaltungsrichter ausgefüllt werden können, wenn der vom BezAussch. hervorgehobene Gesichtspunkt der Gesamtrechtsnachfolge durchgriffe. Bei näherer Prüfung versagt er indes. Rechtsnachfolger des aufgelösten Landkr. Solingen ist nicht die Stadtgemeinde und der Stadtkr. Solingen, sondern nach § 1 Ziff. 4 EinfG. z. NeugliedG. der Landkr. Solingen-Lennep.

(PrOVG., 2. Sen., Urt. v. 11. Okt. 1932, II C 76/32.)

*

5. Gewerbekapitalsteuer. GewStVO. i. Fass. v. 1927. Eine Ausscheidung der von der Grundvermögensteuer betroffenen Gegenstände aus dem Gewerbekapital kann nur erfolgen, wenn und soweit sie als solche in dem Einheitswert schon enthalten sind.

Die steuerpflichtige AktG. hatte gegen die Neufestsetzung ihres Gewerbekapitalsteuergrundbetrags für 1929 und 1930 Einspruch erhoben mit dem Antrage, von dem der Veranlagung zugrunde gelegten, nach dem Stande v. 30. Juni 1928 neu festgesetzten Einheitswerte den Wert ihres später zum Betriebsvermögen gekommenen Grund und Bodens in X. abzusetzen. Einspruch und Berufung wur-

---

Zu 4. Formaljuristisch ist die Entsch. unzweifelhaft zutreffend. Der Regel nach (vgl. meine „Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung" 1926 S. 107) geht mit dem Untergang eines Kommunalverbands das gesamte kommunale Recht unter; seine Aufrechterhaltung bildet also die Ausnahme. Zwar ist in der Überschrift des Abschn. IV EinfG. z. NeugliedG. v. 29. Juli 1929 von „Orts- und Kreisrecht" die Rede. In § 11 wird aber lediglich das Ortsrecht der bisherigen Gemeinden aufrechterhalten. Daß Ortsrecht sowohl kommunales autonomes Recht i. w. S. (d. h. aller Arten von Gemeindeverbänden) als auch i. e. S. (d. h. nur der Ortsgemeinde) bedeuten kann, stellt das OVG. mit Recht fest. Die letztere Auslegung erfährt hier dadurch ihre Stütze, daß die gleiche Vorschr. wie in § 11 für Gemeinden durch Verweisung für Landkr. in § 13 aufgenommen ist. Wäre also Ohligs zu einem anderen Landkr. gekommen, so gälte die fragliche SteuerO. fort. Wäre die SteuerO. eine solche der Stadt Ohligs, nicht des Landkr. Solingen gewesen, so wäre sie gleichfalls zu dem damaligen Zeitpunkt noch anwendbar gewesen. Das Gesetz hat den Fall, daß eine Stadt zu einem neuen Stadtkr. kommt und daß dann das Recht des bisherigen Landkr. noch vorübergehend gelten soll, tatsächlich nicht geregelt, obwohl es sicher ist, daß es gegebenenfalls die gleiche Regelung wie für die anderen Fälle getroffen hätte, da die Verhältnisse vollkommen gleich liegen und irgendein Grund für eine verschiedenartige Behandlung aller dieser Fälle nicht ersichtlich ist. Ich halte es nicht für richtig, im Kommunalsteuerrecht ohne weiteres zugunsten des Steuerpflichtigen nach strafrechtlichen Grundsätzen zu verfahren, sondern meine, man sollte dem Rechtsgedanken, der in § 9 — früher § 4 — RAbgO. seinen Niederschlag gefunden hat, auch hier Rechnung tragen und bei Lücken im Gesetz nicht grundsätzlich eine ausdehnende Auslegung ablehnen; der RFH. verfährt im Steuerrecht gelegentlich (auch nicht immer) großzügiger (vgl. z. B. RFH. 8, 134). Daher hätte m. E. das OVG. im vorl. Falle richtig daran getan, dem Sinne und Zweck der §§ 10 ff. a. a. O. entsprechend das Kreisrecht des aufgelösten Landkr. Solingen in der zum Stadtkr. Solingen gekommenen früheren Stadt Ohligs während der Übergangszeit noch anzuwenden.

Prof. Dr. Hans Peters, Berlin.

den abgewiesen. Auch der RBeschw. der StPfl. versagte das OVG. den Erfolg.

Der VerAussch. geht mit Recht davon aus, daß der Veranlagung der zuletzt nach dem Stande v. 30. Juni 1928 neu festgesetzte Einheitswert zugrunde zu legen sei. Streitig ist, ob die der StPfl. gehörenden Grundstücks- und Gebäudewerte in X., die seitdem erworben sind und der GrundvermSt. unterliegen, gem. § 6 Abs. 1 GewStVO. auszuscheiden sind. Der VerAussch. nimmt an, es sei der Einheitswert unverändert zu übernehmen. Die Angriffe der StPfl. richteten sich gegen die Festsetzung des Einheitswerts und könnten im Verfahren zur Veranlagung der GewSt. nicht vorgebracht werden. Diese Ausführungen sind zutreffend. Waren die streitigen Grund- und Gebäudewerte noch nicht im Einheitswerte v. 30. Juni 1928 enthalten, so kommt ein Abzug dieser Werte überhaupt nicht in Frage, da nur das nach Maßgabe des RBewG. festgestellte Betriebsvermögen nach § 6 GewStVO. der Veranlagung zugrunde zu legen ist, und der Abzug der von der GrundvermSt. betroffenen Gegenstände nur dann zu erfolgen hat, wenn und soweit sie im Einheitswert überhaupt enthalten sind. Das ist aber nicht der Fall. Ein Abzug der streitigen, im Einheitswerte nicht enthaltenen Grundstücks- und Gebäudewerte von diesem Einheitswerte kann sonach nicht erfolgen. Wenn die BeschwF. geltend macht, es bestehe die Möglichkeit, daß sie nun für denselben Vermögenswert doppelte Realsteuer bezahlen müsse, so ist das insofern nicht zutreffend, als tatsächlich der Einheitswert des Betriebsvermögens die Grundstücke nicht umfaßt, die GewSt. sonach für die Grundstücke, welche der GrundvermSt. unterliegen, nicht entrichtet wird. Es ist aber entgegen den Ausführungen der StPfl. auch nicht möglich, Bilanzwerte, die zwischen dem für die Einheitswertfestsetzung maßgebenden Stichtag, dem sog. Feststellungszeitpunkt (§ 5 RBewG. [alt]), im vorl. Falle dem 30. Juni 1928, und dem für die Veranlagung der GewKapSt. maßgebenden Stichtag (im vorl. Falle dem 1. Juni 1929 und dem 1. Jan. 1930) sich in solche Werte verändert haben, welche der GrundvermSt. unterliegen, von der Gewerbekapitalbesteuerung freizulassen. Denn nach den §§ 6, 7 RBewG. (alt) gilt der Einheitswert für den ganzen Feststellungszeitraum, in welchen der für die Veranlagung der EinheitswertSt. maßgebende Zeitpunkt fällt. Der Feststellungszeitraum für die am 30. Juni 1928 vorgenommene Einheitswertfestsetzung (Neufeststellung) erstreckt sich aber nach den vorgenannten Vorschr. i. Verb. m. § 75 Abs. 4 (alt) RBewG. bis zu dem nächsten Hauptfeststellungszeitpunkt. Das ist nach den RechtsVO. v. 20. Dez. 1929 und v. 1. Dez. 1930, Teil 3 Kap. IV Art. 5 § 3 (RGBl. I, 1929, 226 u. 1930, 580) der 1. Jan. 1931. Die von der StPfl. geltend gemachte Veränderung des Betriebsvermögens hätte daher nur berücksichtigt werden können, wenn der Einheitswert selbst auf Grund dieser Veränderungen geändert worden wäre. Im Gewerbesteuerveranlagungsverfahren kann diese Veränderung des Einheitswerts nicht vorgenommen werden.

(PrOVG., 8. Sen., Entsch. v. 10. Jan. 1933, VIII GSt 814, 815/31.)

*

6. §§ 81 Abs. 1 Satz 3, 83 PrWassG. Zur Frage, wann i. S. des § 81 Abs. 1 Satz 3 PrWassG. der Übergang eines Unternehmens auf einen Rechtsnachfolger anzunehmen ist. †)

Von der Firma K. in D. war beantragt, der Bezirksausschuß möge die früher für die Firma G. ausgestellte Verleihungsurkunde v. 18. Juli 1927 auf sie als die Rechtsnachfolgerin in der Ausübung der verliehenen Rechte umschreiben oder die Fortschreibung der für die Firma G. im Wasserbuch eingetragenen Rechte auf ihren Namen vornehmen. J. S. des WassG. kam hier lediglich eine Berichtigung des Wasserbuchs auf Grund § 192 Abs. 2 das. in Frage. Diese Frage hat der Bezirksausschuß verneint. Auf die Beschw. der Firma K. hob das OVG. den Beschl. auf und wies die Sache an den Bezirksausschuß zurück.

Es ist dem Bezirksausschuß darin zunächst beizutreten, daß der Berichtigungsantrag, wenn er Erfolg haben soll, den Nachweis der BeschwF. voraussetzt, daß die Eintragung im Wasserbuch nicht mehr mit der wirklichen Rechtslage übereinstimmt, daß also vorl. die Person des Berechtigten sich geändert hat. Ein solcher Nachweis, der einwandfrei und zwingend sein muß, kann durch Urt. der ordentlichen Gerichte und auf andere Weise geführt werden.

Im vorl. Falle handelt es sich um die Frage, ob die verliehenen Rechte von der Firma G., der sie verliehen sind, auf die BeschwF., die durch Zwangsversteigerung Eigentümerin sämtlicher Grundstücke, Gebäude und der gesamten Fabrikeinrichtung der Firma G. geworden ist, übergegangen sind. Der § 81 Abs. 1 Satz 3 WassG. bestimmt, daß das Recht von dem Unternehmen, für das es verliehen ist, nicht getrennt werden kann und mit ihm auf den Rechtsnachfolger übergeht; Abs. 2 das. schreibt dann in dem ersten Satze vor, daß, wenn das Recht mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbunden ist (§ 46 Abs. 3), es auch von diesem Eigentum nicht getrennt werden könne und nur mit dem Eigentum an dem Grundstück und dem Unternehmen zusammen auf den Rechtsnachfolger übergehe. Es kann dahingestellt bleiben, ob eine solche Verbindung der Rechte mit dem Eigentum an einem Grundstück in Gemäßheit des § 46 Abs. 3 WassG. nach der Fassung der Verleihungsurkunde v. 18. Juli 1927 erfolgt ist. Denn die BeschwF. ist unstreitig Eigentümerin der in Betracht kommenden Grundstücke. Die Bedenken betreffen lediglich die Frage, ob sie auch Rechtsnachfolgerin des ursprünglichen Unternehmens ist. In dieser Hinsicht kommt folgendes in Betracht:

Nach der Vorschr. des § 48 WassG. wird die Verleihung für ein bestimmtes Unternehmen erteilt, und nach § 81 das. bleibt das verliehene Recht untrennbar mit dem Unternehmen, für das es verliehen ist, verbunden und darf weder vom Unternehmer zugunsten eines anderen Unternehmens ausgeübt noch losgelöst von dem Unternehmen auf andere übertragen werden. Im Falle der Zwangsversteigerung des Grundstücks, auf dem das Unternehmen betrieben wird, hängt das Fortbestehen der Verleihung mithin allein davon ab, ob der Ersteher das Unternehmen auf ihm weiterbetreibt, ob insbes. der Betrieb tatsächlich lediglich als Fortsetzung des alten Unternehmens oder als ein neues Unternehmen anzusehen ist. Im letzteren Falle würde es einer neuen Verleihung bedürfen (vgl. Holtz-Kreutz-Schlegelberger, PrWassG. Bd. 1, 3. und 4. Aufl., S. 481 Anm. 3 zu § 81).

Über den Begriff des „Unternehmens" i. S. des § 48 WassG. hat der Senat in dem Beschl. v. 8. Nov. 1928 (OVG. 83, 245 ff.; AgrarZ. 13, 142 ff.) eingehende Ausführungen gemacht und dabei dargelegt, wann eine Änderung des in § 48 WassG. erforderten „Unternehmens" als wesentlich anzusehen sei und wann sie eine neue Verleihung oder eine Ergänzung oder Änderung der erteilten Verleihung notwendig mache. In dem Beschl. ist des näheren ausgeführt, daß bei unverändert bleibender Benutzung des Wasserlaufs Veränderungen des Unternehmens unwesentlich sein können, wenn sie keine Rücksichten berühren, die für die ursprüngliche Verleihung maßgebend waren und blieben, und daß sie dann keine neue Verleihung bedingten, daß aber die Rechtslage anders zu beurteilen

---

Zu 6. Der Begriff des subjektiv-dinglichen Rechtes ist dem Gesetz und der Wissenschaft von jeher bekannt (§ 96 BGB.). Verliehene Rechte können nach dem § 81 Abs. 2 PrWassG. mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden, also als subjektiv-dingliche Rechte begründet werden. In der Praxis bilden derartige Verbindungen die Ausnahme. Ein solcher Antrag hat auch wenig Zweck, denn selbst dann, wenn das verliehene Recht in dieser Weise als subjektiv-dingliches begründet wird, kann es von dem Unternehmen, für das es verliehen ist, nicht getrennt werden. Die Verbindung des verliehenen Rechtes mit dem Eigentum an einem Grundstück hat also nur die Bedeutung, daß das verliehene Recht dann weder von dem Eigentum noch von dem Unternehmen getrennt ausgeübt werden kann. Regelmäßig wird ja das Eigentum an dem Unternehmen und an dem Grundstück, auf dem das Unternehmen betrieben wird, zusammenfallen. Notwendig ist dies aber nicht. Es kann z. B. sehr wohl der Pächter eines Unternehmens die Verleihung eines Wasserrechtes für sich beantragen. Das verliehene Recht gelangt zwar durch einen öffentlich-rechtlichen Akt zur Entstehung, ist aber ein Privatrecht und, wie § 81 WassG. sagt, im Rechtswege verfolgbar. Das Subjekt dieses Rechtes wird in anderer Weise bestimmt, als wie wir es sonst gewöhnt sind. Subjekt des Rechtes ist nämlich derjenige, welcher das Unternehmen jeweils betreibt. Es ist dies eine Folge der Ausgestaltung der Verleihung, die nur für ein bestimmtes Unternehmen erteilt werden kann (§ 48 WassG.). Die wirtschaftliche Bedeutung des Unternehmens ist für die Entsch. über den Verleihungsantrag ausschlaggebend und deswegen die enge Verbindung zwischen Unternehmen und verliehenem Recht. Es liegt hier eine neuartige juristische Konstruktion vor, die auf rein wirtschaftlichen Erwägungen aufgebaut ist.

Das OVG. beschäftigt sich mit der Frage, wann ein Unternehmen i. S. des § 81 WassG. dasselbe bleibt. Es kommt zu dem Entschluß, daß dies dann der Fall ist, wenn die Benutzung des Wasserlaufes sich nicht ändert. Diese Entsch. ist mit dem Wortlaut des Gesetzes schwer zu vereinigen. Eine Mahlmühle ist sicher ein anderes Unternehmen als wie eine Sägemühle oder eine Zündholzfabrik, und trotzdem würde es sich nach der Entsch. des OVG. i. S. des § 81 um dasselbe Unternehmen handeln.

Gleichwohl halte ich die Entsch. für richtig. Die Gründe sind zu entnehmen aus dem Wesen des Verleihungsverfahrens. In diesem wird hauptsächlich geprüft, ob von der beabsichtigten Benutzung des Wasserlaufes für das öffentliche Wohl oder für Privatpersonen Nachteile entstehen können (§§ 49 und 50 WassG.). Wenn nun die Benutzung des Wasserlaufes dieselbe bleibt, dann ist ein nochmaliges Verleihungsverfahren unter diesem Gesichtspunkt unnötig. Zweifel könnten in dieser Hinsicht nur entstehen, weil nach § 50 Abs. 2 gegebenenfalls eine Prüfung stattzufinden hat, ob der aus dem Unternehmen zu erwartende Nutzen den Schaden des Widersprechenden erheblich übersteigt. Diese Frage wird unter Umständen sehr verschieden beantwortet werden müssen, wenn sich die Art der Fabrikation ändert und andere gewerb-

sei, wenn Veränderungen des Unternehmens für die gesetzlichen Voraussetzungen der Verleihung und die Rücksichten, die dabei beachtet werden müßten, von Bedeutung, mithin wesentlich seien. An dieser Auffassung ist insbes. in dem in AgrarZ. 15, 229 abgedr. Beschl. des OVG. v. 10. Okt. 1929, V W 91/28 festgehalten worden. Hiernach kommt es nicht darauf an, ob ein Unternehmer in seinem Betrieb neue Verfahrensarten anwendet oder die Herstellung anderer gewerblicher Erzeugnisse in ihn aufgenommen hat, wenn nur die von ihm in Zukunft beabsichtigte Benutzung des Wasserlaufs (§§ 46 Abs. 1, 40 Abs. 2 WassG.) sich nicht dadurch ändert. Eine solche Veränderung, wie dies auch die Veränderung des Betriebs, die Einführung einer anderen Betriebsweise wäre, kann unwesentlich sein, wenn sie keine Rücksichten berührt, die für die ursprüngliche Verleihung der Rechte maßgebend waren und es noch jetzt sind.

Prüft man von dieser Auffassung aus den Betrieb, den die jetzige BeschwF. auf dem ersteigerten Grundstück aufrechterhält, so spricht die Tatsache, daß sie jetzt andere Fabrikate herstellt, in keiner Weise allein schon für eine wesentliche Veränderung des Unternehmens i. S. des § 48 WassG. Der Senat hat, um eine einwandfreie tatsächliche Grundlage für seine Entsch. zu gewinnen, eine gutachtliche Stellungnahme des zuständigen Kulturbauamts im Benehmen mit dem Gewerbeaufsichtsamt und mit der Wasserpolizeibehörde darüber herbeigeführt, ob das Unternehmen der Firma G. von der Firma K. fortgesetzt wird. Die Behördenvertreter haben diese Frage, wie der Beschl. näher darlegt, bejaht.

(PrOVG., 5. Sen., Beschl. v. 24. Nov. 1932, V W 41/32.)

Hessen.

Hessischer Verwaltungsgerichtshof.

1. Art. 23 HessGemUmlG. v. 7. Aug. 1920 i. d. Fass. v. 22. März 1929. Filialsteuer. Die Abgabe elektrischer Energie ist nicht dem Warenhandel i. S. der auf Grund des HessGemUmlG. erlassenen Filialsteuervorschriften gleichzustellen. Die Bestimmungen über die Erhebung einer Filialsteuer, die in erster Linie den Schutz des einheimischen Gewerbes bezwecken, sind als Ausnahmevorschriften eng auszulegen.†)

(HessVGH., Urt. v. 12. März 1932, Nr. VGH 75/31.)

Abgedr. JW. 1933, 144.

---

liche Erzeugnisse hergestellt werden. Aber dieses Bedenken muß den praktischen Bedürfnissen weichen. Wenn ein Unternehmen einmal auf die Benutzung eines Wasserlaufes eingerichtet und alle technischen Einrichtungen hierfür getroffen sind, so würde es dem wirtschaftlichen Bedürfnisse nicht entsprechen, wenn nachträglich noch einmal Erörterungen darüber angestellt werden, ob der Nutzen des Unternehmens größer ist als der Schaden des Widersprechenden, der doch in jedem Falle nach den gesetzlichen Best. zu ersetzen ist. Die Entsch. ist insofern interessant, als sie auf dem Gebiete des Wasserrechtes durchaus wirtschaftliche Gesichtspunkte und nicht juristische Begriffe maßgebend sein läßt.

JR. Dr. Riemann, Breslau.

Zu 1. Das Urt. ist in seiner Auswirkung sehr zu begrüßen und bestätigt aufs neue den bereits von anderen oberen Gerichten ausgesprochenen Grundsatz, daß Elektrizitätswerke für Stromlieferung in Gemeinden außerhalb des Hauptbetriebsitzes nicht filialsteuerpflichtig sind. Voll beizustimmen ist den in den Gründen dargelegten Ausführungen, daß die Filialsteuerbestimmungen den Schutz des heimischen, insbes. des Kleingewerbes vor auswärtiger Konkurrenz bezwecken. Irgendeine Schädigung des örtlichen Gewerbes durch ein ortsfremdes Elektrizitätswerk tritt auf keinen Fall ein, besonders wenn in der betreffenden Gemeinde gar kein eigenes Elektrizitätswerk sich befindet. Wenn aber der VGH. aus dem Grunde, weil die Filialsteuerbestimmungen eng auszulegen sind, die Elektrizität nicht als etwas Körperliches betrachtet, so mag die Richtigkeit dieser Behauptungen dahingestellt bleiben; jedenfalls gibt es nach der überwiegenden Ansicht der Wissenschaft keine andere Körperlichkeit als eine aus Elektronen zusammengesetzte, und somit wäre auch der elektrische Strom ein körperlicher Stoff, der sehr wohl als Ware im rechtlichen Sinne angesehen werden könnte. Es sei auf verschiedene Entsch., die diesen Standpunkt auch vertreten, hingewiesen (BayObLG. v. 22. Jan. 1931; RG. 67, 232 = JW. 1908, 115; 86, 12 = JW. 1915, 150). Nicht richtig ist es aber, wie in den Gründen zu lesen ist, daß die analoge Anwendung der Elektrizität als Ware im Steuerrecht auf das Gebiet der Umsatzsteuer beschränkt ist. Es wurde im Gegenteil bereits für das preuß. Filialsteuerrecht der elektrische Strom als Ware bezeichnet (RG. 56, 408) und desgleichen für die bayer. Filialsteuer (BayVGH. v. 13. Okt. 1931).

Selbst wenn man aber den elektrischen Strom als Ware betrachtet, so würde dies an dem Ergebnis nichts ändern; denn — und hiermit komme ich auf einen sehr wesentlichen Punkt, der m. E. in diesem Urt. zu wenig berücksichtigt wurde — es fehlt ja überhaupt an

2. Sonstige Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

Preußisches Landesamt für Familiengüter.

Berichtet von Ministerialdirigent Dr. Kläffel, Berlin, Präs. des Landesamts für Familiengüter.

1. Der Genehmigung aus § 107 ZwAuflG. zu Verfügungen über Fideikommißgrundstücke bedarf auch der Konkursverwalter.

Zur Veräußerung der zum Fideikommiß gehörenden Grundstücke bedarf der Konkursverwalter zwar nicht der Ermächtigung der Auflösungsbehörde gem. § 103 ZwAuflG., doch ist zu Verfügungen über die zum Fideikommiß gehörigen Waldungen nach § 107 ZwAuflG. die Genehmigung der Auflösungsbehörde erforderlich, wenn die Waldungen sich zu nachhaltiger forstmäßiger Bewirtschaftung eignen.

Bei der Frage des Erfordernisses der Ermächtigung aus § 103 ZwAuflG. ist mit der herrschenden Meinung davon auszugehen, daß die Fideikommißeigenschaft eines Gegenstandes nicht lediglich eine zugunsten der fideikommißberechtigten Familie bestehende Verfügungsbeschränkung des Fideikommißbesitzers darstellt, sondern daß der Fideikommißbesitzer infolge der fideikommissarischen Gebundenheit, soweit nicht besondere Vorschr. eingreifen (z. B. § 110 ZwAuflG.), allein, d. h. ohne Mitwirkung der nach den im Einzelfalle in Betracht kommenden gesetzlichen oder stiftungsmäßigen Best. berufenen Mitglieder oder Organe der fideikommißberechtigten Familie bzw. ohne die diese Mitwirkung ersetzende Ermächtigung oder Genehmigung der Auflösungsbehörde, überhaupt nicht befugt (legitimiert) ist, Fideikommißverbindlichkeiten zu begründen oder Verfügungen über die Substanz des Fideikommißvermögens vorzunehmen. Diese Unterscheidung ist jedoch hier unerheblich. Denn § 6 der gem. § 39 Abs. 3 FamGG. zur Anwendung kommenden KO. muß im Hinblick darauf, daß das Konkursverfahren über ein Fideikommiß nur im Falle der Überschuldung mit Stammschulden eröffnet werden kann, und ferner mit Rücksicht darauf, daß der auf die Erhaltung des Vermögens gerichtete Zweck der Fideikommißstiftung mit dem Zweck des Konkursverfahrens in Widerspruch steht, der auf eine Verwertung des Fideikommißvermögens im Interesse der Fideikommißgläubiger hinzielt, dahin ausgelegt werden, daß im Fideikommißkonkurs der Konkursverwalter nicht nur die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse des Fideikommißbesitzers ausübt, sondern auch die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse, die hinsichtlich der Substanz des Fideikommißvermögens gesetzlich oder stiftungsmäßig anderen Mitgliedern oder Organen der fideikommißberechtigten Familie zustehen. Der Konkursverwalter vereinigt also während des Konkursverfahrens in seiner Hand die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse des Fideikommißbesitzers und diejenigen der fideikommißberechtigten Familie. Zu Verfügungen des Konkursverwalters und zur Begründung von Fideikommißverbindlichkeiten durch den Konkursverwalter bedarf es infolgedessen nicht der Mitwirkung des Fideikommißbesitzers oder sonstiger Familienmitglieder oder Familienorgane. Da die Ermächtigung oder Genehmigung der Auflösungsbehörde gem. § 103 ZwAuflG. die Mitwirkung der fideikommißberechtigten Familie bei solchen Geschäften nur ersetzt, ist diese ebenfalls nicht notwendig.

Zu dem Fideikommißvermögen und dem Grundbesitz, den der Konkursverwalter aus freier Hand veräußern will, gehören rund 1850 ha Wald. Wenn sich diese Waldungen, wie anzunehmen ist, nach Beschaffenheit und Umfang zu nachhaltiger forstmäßiger Bewirtschaftung eignen, so ist zu ihrer Veräußerung durch den Konkursver-

---

dem Vorhandensein einer Filiale; eine solche ist ja nur ein Geschäftsbetrieb, wo durch Personal Waren verkauft werden. Daher sind auch nach der Rspr. die gewöhnlichen Automaten niemals Filialen. Auch die Stromentnahme geschieht völlig automatisch durch An- bzw. Abdrehen des Schalters. Der Stromlieferungsvertrag wird auch nie mit dem örtlichen Umspannwerk oder einem Transformator geschlossen wie bei einer Filiale, sondern mit der Hauptverwaltung des Werkes, wo auch die Abrechnungen mit den einzelnen Abnehmern erfolgen. Außerdem liegt auch kein Verkaufslager vor; denn der Strom wird ja im Verteilungsnetz nicht aufgespeichert, vielmehr wird er erst im Augenblick des Verbrauches, d. h. des Anschaltens, erzeugt, während im Moment des Abschaltens die Leitung sofort wieder stromfrei wird. Schließlich aber dient das Verteilungsnetz eines Elektrizitätswerkes nicht etwa dem Anreiz des Publikums zum Kaufe oder dem Verkaufsabschlusse selbst wie eine Filiale oder ein Verkaufslager. Vielmehr ist die Verteilungsanlage eine unbedingte Notwendigkeit zur Lieferung des Stromes überhaupt, sie ist ein wesentlicher Bestandteil des ganzen Werkes, „ein Außenwerk der Erzeugung", wie es in RG. 67, 233 heißt. Es handelt sich hier also um einen einheitlichen, in sich geschlossenen Betrieb. Dies wurde auch verschiedentlich bereits in der Rspr., besonders für den Wandergewerbeschein, ausgesprochen (z. B. RG. 48, 267; OVG. 52, 170), ebenso für die bayer. Filialsteuer (VGH. v. 13. Okt. 1931).

RA. Dr. W. Hartmann, München.

walter die Genehmigung der Auflösungsbehörde gem. § 107 ZwAuflG. erforderlich. Nach dieser Best. bedarf es zu Verfügungen über Grundstücke, die zu einem zu nachhaltiger forstmäßiger Bewirtschaftung geeigneten Walde gehören, in allen Fällen der Genehmigung der Auflösungsbehörde. Durch die Eröffnung des Konkursverfahrens wird diese Best. nicht berührt. Es handelt sich bei ihr zweifellos nicht um eine relative, d. h. nur den Schutz bestimmter Personen bezweckende Verfügungsbeschränkung, die nach § 13 KO. den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam wäre. Sie stellt vielmehr eine im öffentlichen Allgemeininteresse erlassene Schutzvorschr. dar, um die Waldungen gegen ordnungswidrige Bewirtschaftung und unwirtschaftliche Zersplitterung zu schützen. Ihr kommt daher gerade in Zeiten des wirtschaftlichen Niedergangs des Fideikommisses, insbes. wenn über das Fideikommißvermögen das Konkursverfahren eröffnet ist, besondere Bedeutung zu. Ebenso wie während des Konkursverfahrens die Aufsicht des Auflösungsamts über die Waldungen gem. § 14 FamGG. fortbesteht und der Konkursverwalter diesen Vorschr. entsprechend die Fideikommißwaldungen zu bewirtschaften hat, bedarf der Konkursverwalter, wenn er die Waldungen veräußern will, hierzu auch der Genehmigung der Auflösungsbehörde nach § 107 ZwAuflG. Die ohne diese Genehmigung erfolgenden Verfügungen des Konkursverwalters über Waldgrundstücke der in Frage stehenden Art sind gesetzwidrig und gem. § 134 BGB. nichtig.

(LAFamG., Beschl. v. 8. März 1933, LA 61, 8 b.)

*

2. Bei der Auflösung eines Zwerg-Grundfideikommisses kann die Auflösungsbehörde in ihrer Entsch. über die Entschädigung des nächsten Folgeberechtigten (Anfallberechtigten) — § 29 Abs. 4 ZwAuflG. — zu dessen Gunsten auch dingliche Rechte an den zu dem Fideikommißvermögen gehörenden Gegenständen begründen oder ihm solche Rechte übertragen.

Nach § 29 Abs. 4 ZwAuflG. kann die Auflösungsbehörde bei der Auflösung eines Zwerg-Grundfideikommisses dem nächsten Folgeberechtigten (Anfallberechtigten) eine billige Entschädigung gewähren, wenn hierdurch die ordnungsmäßige Bewirtschaftung des Gutes nicht gefährdet wird. Es handelt sich hierbei um die Begr. privater Rechte zugunsten des nächsten Folgers (Anfallberechtigten) durch einen Akt der Staatshoheit. Daß den Auflösungsbehörden die Befugnis zu einem solchen Staatshoheitsakt durch Landesgesetz verliehen werden konnte, kann nicht zweifelhaft sein, da die Regelung des Rechtes der gebundenen Vermögen nach Art. 3, Art. 57—59 EGBGB. der Landesgesetzgebung vorbehalten und dieser auch die Art und Weise der Durchführung der durch Art. 155 RVerf. gebotenen Auflösung der gebundenen Vermögen überlassen ist. Es ist auch anerkannten Rechts, daß für die Begründung, Aufhebung, Übertragung oder Änderung privater Rechte durch Staatshoheitsakt die für die rechtsgeschäftliche Vornahme solcher Rechtsakte vorgeschriebenen Formen nicht eingehalten zu werden brauchen. Ausreichende Gründe, die Befugnis der Auflösungsbehörden im Rahmen des § 29 Abs. 4 ZwAuflG. auf die Begründung obligatorischer Rechte zu beschränken, ihnen aber das Recht zur Begründung oder Übertragung dinglicher Rechte zu versagen, liegen nicht vor. Zunächst besteht zwischen der Begründung dinglicher und obligatorischer Rechte durch Staatshoheitakt kein grundsätzlicher Unterschied. Der Wortlaut des § 29 Abs. 4 ZwAuflG., wonach die Auflösungsbehörde die Entschädigung „gewähren" kann, spricht mehr dafür, daß die Auflösungsbehörden auch unmittelbar dingliche Rechte an den zu dem Fideikommißvermögen gehörenden Gegenständen zugunsten des nächsten Folgers (Anfallberechtigten) begründen oder diesem übertragen können. Dies wird auch häufig der einfachste und zweckmäßigste Weg zur Entschädigung des nächsten Folgers (Anfallberechtigten) sein, da die mit der rechtsgeschäftlichen Begründung oder Übertragung der Rechte durch die Beteiligten nicht selten verbundenen Schwierigkeiten, Kosten und Verzögerungen vermieden werden. Auch aus rechtspolitischen Gründen können Bedenken gegen die Annahme, daß die Auflösungsbehörden unmittelbar dingliche Rechte zugunsten des nächsten Folgers (Anfallberechtigten) begründen können, nicht hergeleitet werden. Insbes. kann eine Gefährdung der Rechtssicherheit und Übersichtlichkeit des Grundbuchverkehrs kaum eintreten, da die zur Vollziehung der Entscheidung der Auflösungsbehörden über die Entschädigung des nächsten Folgers (Anfallberechtigten) erforderlichen Eintragungen in die öffentlichen Bücher und Register vor der Löschung des Fideikommißvermerks vorzunehmen sind (§§ 29 Abs. 5, 190, 245 ZwAuflG.; § 44 AusfBO.). Daß in § 29 Abs. 4 ZwAuflG. die Übertragung und Begründung dinglicher Rechte durch die Auflösungsbehörden zugunsten des nächsten Folgers nicht ausdrücklich zugelassen ist und der Zeitpunkt des Rechtserwerbs nicht besonders geregelt ist, kann nicht ausschlaggebend ins Gewicht fallen. Aus dem Wortlaut, Sinn und Zweck der Bestimmung ergibt sich hinreichend deutlich die Befugnis der Auflösungsbehörden zur Begründung und Übertragung dinglicher Rechte. Auch kann über den Zeitpunkt des Rechtserwerbs des nächsten Folgers (Anfallberechtigten) kein Zweifel bestehen, da diese Frage sich ohne weiteres nach § 217 ZwAuflG. regelt. Auch die Bestimmung des § 29 Abs. 3, wonach mit der Rechtskraft des Aufhebungsbeschlusses das Fideikommißvermögen freies Vermögen in der Hand des Besitzers wird, steht der hier vertretenen Ansicht nicht entgegen. Die Bestimmung des Abs. 3 gilt uneingeschränkt nur in den Fällen, in denen dem nächsten Folger (Anfallberechtigten) keine Entschädigung nach Abs. 4 gewährt wird. Wird dagegen eine solche Entschädigung gewährt, so wird die Vorschr. des Abs. 3 entsprechend dem Inhalte des Beschlusses über die Entschädigung des nächsten Folgers (Anfallberechtigten) eingeschränkt und modifiziert. Da der Beschluß über die Aufhebung des Zwerg-Grundfideikommisses die gleiche Bedeutung hat wie der Fideikommißauflösungsschein (§ 29 Abs. 5 ZwAuflG.) und daher die Entsch. über die Entschädigung des nächsten Folgers (Anfallberechtigten) vor oder spätestens gleichzeitig mit dem Beschlusse über die Aufhebung des Fideikommisses ergehen muß, entstehen die von der Auflösungsbehörde zugunsten des nächsten Folgers begründeten Rechte auch nicht etwa erst in einem Zeitpunkte, in dem das Fideikommißvermögen bereits freies Vermögen in der Hand des Besitzers geworden ist.

(LAFamG., RE. Nr. 85 v. 22. Febr. 1933, [LA 29, 12].)

D. Ausländische Gerichte.

England.

High Court.

1. Eine in Rußland unter zaristischem Recht gegründete Bankaktiengesellschaft ist durch die russische Revolutionsgesetzgebung der Lebensfähigkeit in so weitem Maße beraubt, daß ihre englische Zweigstelle nicht als juristische Person fortbestehen kann, sondern gerichtlich liquidiert werden muß. Das etwaige Recht der Krone auf das im Lande der Liquidation befindliche Vermögen bleibt unberührt. †)

(High Court, Chancery Division, Urt. v. 22. Febr. 1933 i. S. Russian Bank for Foreign Trade.)

Mitgeteilt von GerAss. Weniger, z. Z. London.

Litauen.

Obertribunal Kaunas.

1. Klagezustellung unter Verletzung der §§ 181—186 ZPO.

Ist eine Klageschrift nebst der Ladung zum Verhandlungstermin unter Verletzung der Vorschriften der §§ 181 bis 186 ZPO. zugestellt worden, trotzdem aber beim Nichterscheinen des Beklagten gegen diesen Versäumnisurteil mit der Formel: „Erkannt nach dem Antrage der anliegenden Klageschrift" (vgl. § 313 Abs. 3 a. a. O.) ergangen, so kann, wenn demnächst das Versäumnisurteil unter Beifügung einer beglaubigten Abschrift der Klageschrift (vgl. § 317 Abs. 4 ZPO.) dem Beklagten ordnungsmäßig zugestellt wird, die Klage nach Einlegung des Einspruchs nicht mehr mangels Zustellung der Klageschrift abgewiesen werden. Denn nunmehr ist nicht nur das Versäumnisurteil, sondern auch die Klageschrift ordnungsmäßig zugestellt (vgl. § 170 Abs. 1 a. a. O.).

§ 187 ZPO. bezieht sich seinem Wortlaut nach allerdings nur auf Ladungen. Jedoch ist es anerkannten Rechtens, daß er auch für das ganze Schriftstück, in dem sich die Ladung befindet, gilt, d. h. also auch für die Klageschrift, sofern sich in ihr eine Ladung befindet, wie dies nach deutschem Recht das normale ist (vgl. § 253 Ziff. 3 der deutschen ZPO.). Diese Norm ist freilich durch § 497 ZPO. für das Verfahren vor den AG. außer Kraft gesetzt. Nach § 498 Abs. 1 ZPO. ist aber mit der Ladung, die von Amts wegen erfolgt, auch die Klageschrift zuzustellen, und das ObTrib. ist der Ansicht, daß § 187 a. a. O. analog auch in dem Falle anzuwenden ist, wenn Klageschrift und Ladung sich zwar nicht in derselben Urkunde befinden, aber doch zugleich durch einen und denselben Akt zugestellt werden und demnächst auch zugleich, ebenfalls durch einen und denselben Akt, in die Hände der Partei gelangen. Ein innerer Grund, die beiden Fälle unterschiedlich zu behandeln, liegt nicht vor. Eine unterschiedliche Behandlung würde vielmehr auf einen zu starren Formalismus hinauslaufen.

(ObTrib. Kaunas, Urt. v. 7. Sept. 1932, U 56, 57/31.)

Mitgeteilt von ObTribRichter Plümicke, Memel.

Zu 1. Vgl. auch JW. 1932, 3841.

Für die Schriftleitung verantwortlich: Rechtsanwalt Dr. Heinrich Dittenberger, Berlin W 62, Maaßenstr. 5. (Fernspr.: Barbarossa 3222.)
Druck: Oscar Brandstetter in Leipzig.